Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und veröffentlicht

von

Konrad Rudolph,

Referendar in Oels i. Schl.

ACAD. LEGUM UNIV. WRL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Dahn, Prodekan.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Abschnitt.

§§ 1—5. **Die offene Handelsgesellschaft ist nicht rechtsfähig.**

§ 1. A. Einleitung. Gesellschaft und Verein 1

§§ 2—5. B. Fehlen der Grundeigenschaften des Vereins bei der offenen Handelsgesellschaft 3

α) Des Vereins überhaupt (§ 2, § 3).

§ 2. Rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein . 3

§ 3. Die charakteristischen Eigenschaften jedes Vereins (lange Dauer; große Zahl; Organisation; Mitgliederwechsel). 6

β) Des rechtsfähigen Vereins (§§ 4, 5).

§ 4. Selbständige Schuldenhaftung 15

§ 5. Sonstige Selbständigkeit 20

2. Abschnitt.

§§ 6—15. **Die offene Handelsgesellschaft ist parteifähig.**

§ 6. A. Fehlen ausdrücklicher Festsetzung des Wesens der offenen Handelsgesellschaft 23

§§ 7—10. B. Die Möglichkeit ihrer Parteistellung 26

§ 7. Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit 26

§ 8. Der Parteibegriff im allgemeinen 29

§ 9. Seine Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft 33

§ 10. Die Parteifähigkeit nach der Novelle zur C.P.O. 35

§§ 11—15. C. Die Notwendigkeit der Annahme der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei 37

α) Unhaltbarkeit der anderen Theorien (§§ 11, 12).

§ 11. Die drei alten Haupttheorien 37

§ 12. Fehler der Wach'schen und der reichsgerichtlichen Ansicht 42

β) Positive Begründung der Theorie von der Parteifähigkeit (§§ 13, 14).

§ 13. Die älteren Anhänger 50

§ 14. Spezielle Berücksichtigung der Novellen zur C.P.O. und zum H.G.B. 54

§ 15. γ) Schluß. Praktische Folgen 61

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts.
Dernburg, Pandekten.
Dernburg, Preußisches Privatrecht.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands.
Fitting, Der Reichscivilprozeß.
Gierke, Genossenschaftsrecht.
Jörs, Das römische Recht. (In Birkmeyers Enzyklopädie.)
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.
Thöl, Handelsrecht.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.

B. Kommentare.

Anschütz, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch.
Gaupp und **Stein,** Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Krech und **Fischer,** Das preußische Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.
Litthauer, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Petersen, Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Reincke, Kommentar zur deutschen Civilprozeßordnung.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Skonietzki und **Gelpcke,** Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Wilmowski-Lewy, Kommentar zur Civilprozeßordnung.

C. Sammelwerke.

a) Zeitschrift für deutschen Civilprozeß:

Bd. 9. **Wach,** Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft.
„ 10. **Fischer,** Kritik zu Wachs Handbuch des Civilprozeßrechts.
„ 17. **Stegemann,** Die Parteien im Prozeß.
„ 18. **Petersen,** Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit.
„ 26. **Bunsen,** Die Parteien im Civilprozeß.
„ 30. **Sintenis,** Der simulierte Prozeß.

b) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Gruchot:

Bd. 30. **Sommer,** Bedeutung des gegen eine offene Handelsgesellschaft ergehenden Urteils für das Privatvermögen der Gesellschafter . . . usw.
„ 30. **Ecclus,** Literaturbericht.
„ 38. **Schäfer,** Über den Einfluß der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft auf schwebende Prozesse, in denen die Gesellschaft Partei ist.

c) Archiv für die civilistische Praxis:

Bd. 80. **Kohler,** Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß.
„ 82. **Thiele,** Wer ist Partei, wer ist Dritter im Sinne des § 414 C.P.O.

d) Archiv für bürgerliches Recht:

Bd. 5. **Affolter,** Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft.

e) Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reichs, Fischer:

Bd. 5. **Schott,** Das Armenrecht.

f) Jur. Lit.-Bl. 1890. Oetker.

D. Einzelschriften.

Decke, Dissertation. Breslau 1903.
Fischer, Recht und Rechtsschutz.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B.

E. Entscheidungen.

a) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen:

Bd. 3 S. 57; 4, 156; 5, 55; 5, 70; 8, 12: 8, 121; 12, 129; 14, 20; 17, 365; 21, 93; 32, 398; 34, 361; 35, 389; 45, 340; 46, 39; 49, 343; 49, 426; 57, 90.

b) Seufferts Archiv:

Bd. 6 Nr. 2.
Bd. 23 Nr. 206.

c) Johow, Jahrbuch der Kammergerichts-Entscheidungen:

Bd. 9 S. 143.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0125

§ 1.

Über die Natur der offenen Handelsgesellschaft und speziell über ihre Stellung im Prozeß ist schon so viel geschrieben, daß man meinen sollte, das Thema sei erschöpft. Indes enthalten die Novelle zur Civilprozeßordnung und das neue Handelsgesetzbuch neue Bestimmungen, welche die Sachlage zwar klären, aber doch nicht in dem Maße, daß alle Zweifel ausgeschlossen wären, und es sich nicht lohnte, trotz der älteren Erörterungen über den Prozeß einer offenen Handelsgesellschaft eine neue Untersuchung über die Prozeßstellung der offenen Handelsgesellschaft auf Grund der neuen Gesetze anzustellen.

Die Frage, ob die offene Handelsgesellschaft als solche parteifähig ist, wäre ohne weiteres zu bejahen, wenn feststünde, daß sie rechtsfähig sei. Es wird also zunächst zu untersuchen sein, was für ein rechtliches Gebilde die offene Handelsgesellschaft darstellt. Das alte H.G.B. Art. 85 Abs. 1 bestimmte: „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.“ Das neue Handelsgesetzbuch definiert in § 105 Abs. 1: „Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.“

Der Kern ist also derselbe: Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma ohne Haftungsbeschränkung.

Art. 85 verlangte, daß zwei oder mehrere Personen sich zu einem solchen Betriebe vereinigten, während § 105 dies Begriffsmerkmal durch den fertigen Begriff der Gesellschaft ersetzt und damit schon — wie auch im 2. Abs ausdrücklich — auf die bürgerliche Gesellschaft als Urform hinweist.

Das Rechtsleben der offenen Handelsgesellschaft scheidet sich in ein inneres und ein äußeres. Die römische societas war ein obligatorischer Vertrag, ließ also ein Rechtsverhältnis nur nach innen, unter den Vertragschließenden, den Gesellschaftern, entstehen. Auf diese Weise wurde eine scharfe Scheidung von der universitas gewonnen, die selbst Rechtssubjekt war, und diese Scheidung wurde vom Recht aufs konsequenteste durchgeführt.

Erst der deutschrechtliche Gedanke der unteilbaren Gesamthands-Berechtigung und -Verpflichtung[1]) hat den Anlaß gegeben, die Unterschiede zu verwischen. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch hat auch die gewöhnliche bürgerliche Gesellschaft gewisse Wirkungen gegen Dritte.

Wenn nun auch anzuerkennen ist, daß die elementarste Grundlage der Korporation sowohl wie der Gesellschaft dieselbe ist, nämlich die Vereinigung mehrerer Menschen zu einem Rechtszwecke, so ist es doch schon im Interesse einer sichern Rechtsentwicklung nicht angängig, stets dann das Vorhandensein eines selbständigen Rechtssubjektes anzunehmen, wenn einer Personenvereinigung vom Gesetz nach außen erhöhte Wirksamkeit beigelegt ist.

Damit eine Personenmehrheit wie die offene Handelsgesellschaft, welcher vom Gesetz nicht ausdrücklich juristische

---

[1]) vgl. besonders Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. 2 S. 887 ff. „Die Gesamtpersönlichkeit mußte sich überall aus der alten Personengesamtheit, das korporative Recht mußte sich aus dem Gesamtrecht emporringen."

Persönlichkeit gegeben ist, vom Recht so behandelt werden soll, muß sie solche Merkmale besitzen, daß schon bei Betrachtung ihrer rein tatsächlichen Verhältnisse nicht nur die Möglichkeit, sondern auch das Bedürfnis erkennbar wird, daß dieser Personenmehrheit juristische Persönlichkeit zugeschrieben werde. Man kann diese Merkmale als tatsächliche Existenzbedingungen bezeichnen. Aufzufinden werden diese sein durch eine Betrachtung der allgemeinen Grundlagen des Vereins — ohne Rücksicht darauf, ob er rechtsfähig ist oder nicht. Denn der nicht rechtsfähige Verein hat die Rechtsfähigkeit nur nicht erlangt bezw. verloren, während er die Möglichkeit zu ihrer Erlangung hatte. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit, etwa nach bürgerlichem Recht, kommt aber für eine besondere reichsgesetzliche Bildung, wie die offene Handelsgesellschaft, nicht in Betracht. Es wäre mithin sehr wohl möglich, daß dieser vom Gesetz allein durch die Regelung ihres Wesens juristische Persönlichkeit beigelegt wäre. Immerhin müßte ihr Wesen dann die oben sogenannten tatsächlichen Existenzbedingungen aufweisen. Allein auf diese also, und nicht auf irgendwelche Vorschriften über Erlangung der Rechtsfähigkeit, soll es hier zunächst ankommen.

§ 2.

Es wird also behauptet, daß die rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Vereine gemeinsame Wesenseigentümlichkeiten besitzen. Ist das der Fall, so muß das Vorhandensein oder Fehlen dieser Eigenschaften bei der offenen Handelsgesellschaft als ein Kriterium für ihre rechtliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit dienen. Der Begriff „Verein“ soll dabei nicht bloß auf das bürgerliche Recht beschränkt werden, wenn dieses auch in erster Linie herangezogen wird.

Die vorausgeschickte Behauptung gründet sich besonders darauf, daß sowohl das frühere wie das heutige Recht den nichtrechtsfähigen Verein von der Gesellschaft unterscheidet. Die Praxis des gemeinen Rechts legte dem nichtrechtsfähigen Verein aktive und passive Parteifähigkeit im Prozesse bei, das heutige Reichsrecht gesteht ihm — worauf später noch näher eingegangen wird — passive Parteifähigkeit zu (C.P.O. § 50 Abs. 2). Die Ansicht Endemanns,[2]) daß Gesellschaft und nichtrechtsfähiger Verein prozessual gleichständen, ist von Literatur und Praxis allseitig abgelehnt.

Grundlegend dürfte hier auch heute noch die Definition sein, die Gierke[3]) gibt: „Unter Genossenschaft im engsten und technischen Sinne wird jede auf freier Vereinigung beruhende deutschrechtliche Körperschaft, d. h. ein Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit, verstanden.“ Was aber diese eigene Rechtspersönlichkeit betrifft, so führt er später historisch[4]) und an anderer Stelle gelegentlich auch systematisch[5]) für das gemeine Recht aus, wie sehr zweifelhaft es oft sein konnte, ob eine Genossenschaft „schon Person ist oder noch nicht“. Hier gerade von besonderem Interesse ist seine folgende Ausführung.[5]) In Deutschland seien durch das gemeine Recht die wirtschaftlichen Personalgenossenschaften der vollen Rechtsunsicherheit überlassen. Ihnen bleibe nur übrig, sich die spezielle staatliche Inkorporierung zu verschaffen oder aber, sich als Privatgesellschaft auf Grund des freien Vereinsrechtes zu konstituieren. Dann sei sie aber kein anerkanntes Einheitswesen, „wenn sie auch für beschränktere Kreise und mit Zuhilfenahme des guten Willens und der Sitte einen erträglichen modus vivendi finden mag“. — Dieser

[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 816.
[3]) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 1 S. 5.
[4]) Gierke l. c. Bd. 2 S. 887 ff.
[5]) Gierke l. c. Bd. 1 S. 1100.

von Gierke so genannte modus vivendi ist von dem jüngeren gemeinen Recht — wie eben schon oben erwähnt — in äußerst ausgedehnter Weise zur Anwendung gekommen. Besonders hat auch die Praxis des Reichsgerichts den reinen Privatvereinen mindestens prozessuale Rechtspersönlichkeit zuerkannt.[6]) Ja, die Entscheidung Bd. 4 S. 156 erklärt diese Meinung sogar als „für das heutige Recht ganz vorherrschend und völlig zu billigen".

Sowohl nach früherem wie nach geltendem Recht kann demnach kein Zweifel sein, daß Wesensunterschiede zwischen dem nichtrechtsfähigen Verein und der Gesellschaft bestehen. Ausdrücklich findet sich das auch in den „Protokollen" als übereinstimmender Standpunkt der Minderheit und der Mehrheit festgelegt.[7]) Als Ansicht der ersteren heißt es da: „Es gehe nicht an, Vereine den Grundsätzen des Gesellschaftsrechtes zu unterstellen, da zwischen einem Verein und einer Gesellschaft ein wesentlicher Unterschied bestehe." Und auch die Majorität muß zugeben: „Die Gesellschaft sei allerdings nicht die passende Rechtsform für einen Verein." — Auch hier war, wie sich des weiteren ergibt, in den Anträgen 4 und 7 die Absicht vertreten, den nichtrechtsfähigen Vereinen doch eine Art Rechtsfähigkeit zu geben, vor allem Selbständigkeit des Vermögens und Selbständigkeit auf dem Gebiete des Prozesses.

Eine bei Besprechung der Protokolle eben berührte Gesetzesbestimmung, die eine Grenze zieht zwischen nichtrechtsfähigem Verein und Gesellschaft, und damit auf die rechtliche Natur beider zurückgreift, scheint mir gerade in dem § 54 B.G.B. zu liegen, welcher zwischen beiden nicht Identität sondern Analogie feststellt und auch das

---

[6]) u. a. R.G. IV S. 156; R.G. VIII S. 122; Seuff. Arch. Bd. 6 Nr. 2 u. Bd. 23 Nr. 206.

[7]) Protokolle der Komm. für die 2. Lesung des Entwurfes des B.G.B. Bd. 2 S. 454, 455.

noch ausdrücklich auszusprechen für nötig hält.[8]) — Es existiert also zweifellos der Oberbegriff „Verein“ und die Unterbegriffe „rechtsfähiger“ und „nichtrechtsfähiger“.

§ 3.

Zu den charakteristischen Eigenschaften des Vereins gehört seine Bestimmung zu langer Dauer. Es ist praktisch auch sofort ersichtlich, daß ein so kompliziertes Rechtsgebilde, das jederzeit ein Rechtssubjekt werden kann und häufig genug wird, nicht geschaffen wird zur Erreichung eines Zweckes von heute auf morgen. Die Schaffung einer Korporation etwa zum Zwecke eines einmaligen gemeinsamen Wareneinkaufes wäre undenkbar oder mindestens höchst unzweckmäßig. Vielmehr muß der Zweck entweder ein in weiter Ferne liegender oder ein kontinuierlicher sein. Das gibt auch z. B. Planck[9]) zu, indem er ausführt, daß die Vorschriften für die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch auf nichtrechtsfähige Vereine Anwendung finden, weil diese sonst rechtlich in der Luft schwebten, obwohl eigentlich die Bestimmungen über die Gesellschaft nicht auf langlebige Bildungen von Personenmehrheiten berechnet seien.

Ein zweites charakteristisches Moment des Vereins ist die größere Mitgliederzahl. So ist es ganz naturgemäß, daß bei einem Zusammenschluß von zwei oder jedenfalls nur wenigen Personen eine Sonderung des Kreises ihrer gemeinsamen Rechtsverhältnisse von den einzelnen Personen

---

[8]) vgl. die eben zitierten Stellen der Prot. bei Beratung des jetzigen § 54 B.G.B. Dieser Paragraph ist schließlich angenommen worden zur möglichsten Wahrung des Publizitätsprinzipes bei Erlangung der Rechtsfähigkeit (vgl. S. 455 l. c.).

[9]) Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 1 zu § 54.

zu einer eigenen Person von dem Rechtsleben nicht gefordert wird, ja sogar von der Rechtsordnung verhindert sein kann. Noch klarer wird das, wenn man einen Blick auf das große und wichtige Gebiet der öffentlich-rechtlichen Vereine wirft. Ist doch die erste Korporation in Rom nachweislich, in den andern Ländern wahrscheinlich, die Gesamtheit der Bürger, die Volksgemeinde, gewesen.[10])

Bei der offenen Handelsgesellschaft sind weder lange Dauer noch große Anzahl von Teilnehmern grundsätzliche Eigenschaften. Außerhalb des Bereiches der Möglichkeit liegen sie allerdings nicht. Natürlich und wahrscheinlich ist eine numerisch große Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft nicht, dafür existiert die Form der Aktiengesellschaft. Der häufigste Fall dürfte sogar eine offene Handelsgesellschaft zwischen nur zwei Personen sein. — Was die Zeit betrifft, so ist für die offene Handelsgesellschaft allerdings dadurch von vornherein eine längere Lebensdauer festgesetzt, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein muß. Trotzdem kann sehr wohl eine offene Handelsgesellschaft auch zu nur vorübergehendem Zwecke entstehen. Denn, da gemäß § 2 H.G.B. jedes der Firma nach im Handelsregister eingetragene gewerbliche Unternehmen, das kaufmännisch eingerichtet ist, als Handelsgewerbe gilt, so hindert nichts, daß sich eine offene Handelsgesellschaft bilden könnte etwa zum Zwecke einer einmaligen industriellen Ausstellung.

Mag immerhin eine so kurze Dauer außergewöhnlich sein, so muß doch eine kürzere Zeitdauer als das Normale betrachtet werden. Sowohl der Definition des § 105 I H.G.B. wie besonders den Bestimmungen des § 131 Nr. 1,

[10]) Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands S. 62 („... im deutschen wie im römischen Recht Ausgangspunkt die Gemeinde"); Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 379; Jörs, Das römische Recht S. 97 (in Birkmeyers Enzyklopädie).

4, 5 und 6 daselbst liegt der Gedanke zugrunde, daß im allgemeinen die Existenz der offenen Handelsgesellschaft ihre höchste Grenze haben wird an der Lebensdauer des einzelnen Gesellschafters. Der Betrieb eines Geschäftes beruht eben bei der Betriebsform der offenen Handelsgesellschaft außer auf den Beiträgen auch ganz erheblich auf der tatsächlichen körperlichen und geistigen Arbeitskraft der einzelnen. Das Gesetz[11]) läßt dafür ja auch vollkommen Raum. Und es lehrt nicht nur die geschichtliche Entwicklung, sondern auch das Geschäftsleben der Gegenwart, daß es bei dieser Art der Assoziation in hohem Grade auf persönliche Faktoren ankommt.

Diese beiden Merkmale des Vereins, lange Dauer und große Zahl, sind freilich nicht unerläßliche, in jedem Falle zutreffend. Es ist z. B. möglich, daß einem Verein durch die Satzung kurze Dauer bestimmt ist. Immerhin sind sie demnach sehr wichtig für die Beantwortung der Frage nach der Selbständigkeit einer Personenvereinigung.

Ähnliches gilt auch von der inneren Organisation. Auch sie muß schon vorhanden sein, ehe die Rechtsordnung kommt und dem Gebilde Rechtsfähigkeit verleiht. Denn eine Personenmehrheit ist nicht durch Erlangung der Rechtsfähigkeit ipso iure organisiert. Während aber große Zahl und lange Dauer äußere und rein tatsächliche Grundlagen sind, stellt sich das Erfordernis der Organisation als ein inneres dar und, da die Organisation zweifellos eine rechtsgeschäftliche Entstehung hat, auch als mehr rechtliches Erfordernis. Während es sich also vorher fragte, ob es nützlich und praktisch ist, der offenen Handelsgesellschaft Rechtssubjektivität zuzuschreiben, handelt es sich jetzt darum, ob das überhaupt möglich ist.

Die Organisation (als bei dem Verein gebräuchlicher rechtstechnischer Begriff) besteht in dem Vorhandensein

[11]) § 105 H.G.B.: „Eine Gesellschaft . . . .“ in Verbindung mit § 705 B.G.B. „insbesondere“.

eines Willensorganes und eines Handlungsorganes. Die gewöhnlichen Bezeichnungen sind Mitgliederversammlung (Generalversammlung usw.) und Vorstand. Beschlossen werden die Rechtshandlungen eines Vereins — zum mindesten die wichtigen — von den Mitgliedern im Rahmen der Satzung, ausgeführt werden sie vom Vorstand. Daneben können sich natürlich noch andere Organe (z. B. Aufsichtsorgane und besondere Beamte) finden. Diese Trennung der beiden Funktionen hat sich erst als praktische und dann als rechtliche Notwendigkeit herausgebildet. Der Tätigkeit der Mitgliederversammlung einerseits und des Vorstandes andrerseits entsprechen bei der offenen Handelsgesellschaft etwa die Begriffe der Geschäftsführung und der Vertretung. Jene erfolgt durch Vorgänge innerhalb der Personenvereinigung, durch diese werden die Beschlüsse nach außen in Wirklichkeit umgesetzt. Es ist nun bezeichnend, daß vom Handelsgesetzbuch eine grundsätzliche Trennung der für die Geschäftsführung und der für die Vertretung bestimmten Organe nicht vorgesehen ist. Zu beidem ist, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt, jeder Gesellschafter allein befugt (§§ 114, 125 H.G.B.). Wie schon gesagt, mögen es in erster Linie praktische Erwägungen gewesen sein, vor allem wieder die große Zahl, die zu einer Trennung der genannten Institute geführt haben. Trotzdem wird man zugeben müssen, daß diese Trennung ein wesentlicher Faktor der jeder Korporation eigenen Verfassung geworden ist. Daß eine solche eigene und eigenartige Verfassung — korporative Organisation, wie das Reichsgericht sagt — überhaupt besteht, wenn auch gesetzlich nicht ausdrücklich allgemein festgelegt, ist rechtsgeschichtlich begründet und übrigens auch in Praxis und Literatur kaum jemals zweifelhaft.

Abgesehen von dem erörterten Unterschiede hat die offene Handelsgesellschaft auch der Einrichtung der Mitgliederversammlung selbst nichts ähnliches an die Seite

zu stellen. Der sich schon aus der fundamentalsten Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit ergebende Satz, daß möglichst jeder Teilnehmer auf die Geschäfte und Geschicke der Gesamtheit Einfluß haben soll, wird bei der offenen Handelsgesellschaft durch die grundsätzlich jedem zustehenden Rechte einerseits der Vertretung und Geschäftsführung, andrerseits des Widerspruchs (§ 115 H.G.B.) gewahrt. Diese Art ist also wesentlich verschieden von der Art der Wahrnehmung der Einzelrechte durch Bildung eines Gesamtwillens in der Mitgliederversammlung. Denn auf den ersten Blick ist klar, daß es bei der ersteren Methode kein Überstimmtwerden gibt.

Den Mangel einer Verfassung empfindet auch Sommer,[12]) der gerade mit diesem Argument die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft bekämpft. Der Wille der offenen Handelsgesellschaft, so führt er aus, sei identisch mit dem Willen der Gesellschafter, die aber nicht Träger eines entziehbaren Amtes seien; also „hat die offene Handelsgesellschaft kein Organ, das deren Willen als einen von dem Willen der einzelnen Gesellschafter unabhängigen auszusprechen und geltend zu machen hätte".

Wenn man auch wird zugeben müssen, daß sich so tiefgehende Unterschiede in den Verfassungsgrundlagen des Vereins einerseits, nämlich der Satzung, und der offenen Handelsgesellschaft andererseits, nämlich dem Gesellschaftsvertrage, nicht finden lassen, so kann das doch nichts mehr an dem Ergebnis ändern. Die Unterschiede in den Organen und ihren Funktionen genügen zu dem Schlusse: Die Art der Verfassung und Verwaltung einer offenen Handelsgesellschaft stimmt mit jener eines Vereins nicht nur nicht

---

[12]) Gruchot Bd. 30 S. 338: „Bedeutung des gegen eine offene Handelsgesellschaft ergehenden Urteils für das Privatvermögen der Gesellschafter" usw.

überein, sondern unterscheidet sich von ihr in wesentlichen Stücken.

Die ganz vereinzelt dastehende Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 8 S. 12 weicht von der hier vorgetragenen Ansicht insofern ab, als sie das Erfordernis einer korporativen Organisation bei Vereinen leugnet, die weder besonderen Gesetzen unterstehen noch juristische Persönlichkeit haben. Sie hält vielmehr die Zulässigkeit des Mitgliederwechsels für das alleinige Kriterium. Das Reichsgericht führt nicht einen einzigen Grund für seine Ansicht an. Einleuchtender aber ist es wohl, da nun einmal feste gesetzliche Grundlagen fehlen, von dem Verein nicht nur eine, sondern alle wichtigen Eigenschaften des rechtsfähigen Vereins zu verlangen, mit Ausnahme der eben auf dieser Rechtsfähigkeit beruhenden. Zu diesen letzteren gehört aber sicher nicht die — bei allen Korporationen bis ins Staatsrecht hinauf zu beobachtende – Eigentümlichkeit eines Allgemeinwillens und einer Repräsentation nach außen. Allerdings könntens ähnliche Bestimmungen auch der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft treffen — wenn es auch sehr unwahrscheinlich ist — und dann wäre im konkreten Falle eine solche offene Handelsgesellschaft einer juristischen Person in dieser Beziehung ähnlicher geworden. Allein sie ist nicht juristische Person, solange sie als offene Handelsgesellschaft im Firmenregister eingetragen ist, solange die Möglichkeit besteht, durch eine einfache Änderung des Gesellschaftsvertrages jederzeit wieder die gewöhnlichen Einrichtungen einzuführen, wie sie das Gesetz für den Fall, daß solche besonderen Abmachungen fehlen, statuiert hat. Im übrigen ist auch selbst für den Fall einer solchen vertragsmäßigen Gestaltung, welche dem Verein sich nähert, durch die zwingende Bestimmung des § 115 Abs. 2 H.G.B. eine Majorisierung außer dem Falle der Not ausgeschlossen. Überdies können auch Abweichungen des Gesellschaftsvertrages nur nebenher

berücksichtigt werden bei Betrachtung des Abstraktums „offene Handelsgesellschaft“. Denn für diese Kategorie ist maßgebend, daß grundsätzlich und gewöhnlich eine offene Handelsgesellschaft keine Organisation besitzt, während jede juristische Person und jeder Verein überhaupt eine solche hat. Andererseits ist es aber, wie schon bemerkt, unmöglich, etwa die eine offene Handelsgesellschaft für unselbständig und die andere für juristisch selbständig anzusehen. Dem steht der offenbare Willen und Zweck des Gesetzes entgegen: Trotz aller möglichen Abweichungen im einzelnen sind doch so viele gemeinsame Hauptzüge vorhanden, daß eben das Gesetz daraus eine Hauptform geschaffen hat. Da ist es denn geradezu undenkbar, in der Frage der Rechtsfähigkeit, dieser Wesensfrage im wahrsten Sinne des Wortes, die Hauptform zu spalten und etwa rechtsfähige und rechtsunfähige Unterformen zu unterscheiden.

Außer dieser allgemeinen Erwägung spricht auch noch eine positive Bestimmung dagegen. Gemäß Art. 123 Nr. 6 bezw. § 131 Nr. 6 H.G.B. wird die offene Handelsgesellschaft aufgelöst durch Kündigung eines Gesellschafters. Wäre die offene Handelsgesellschaft Rechtssubjekt, so hätte diese Kündigung natürlich an die Gesellschaft d. h. an ihr verfassungsgemäß zur Vertretung berufenes Organ zu geschehen. Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung Bd. 21 S. 93 dahin ausgesprochen, daß die an die Firma gerichtete Kündigung eines Gesellschafters nicht als ausreichend angesehen werden könne. Dem wird man sich anschließen müssen; denn, da die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Regel nach ipso iure die Folge der Aufkündigung seitens eines Gesellschafters ist, wird man verlangen müssen, daß diese Willenserklärung allen Gesellschaftern, auch den nicht Vertretungsberechtigten gegenüber abgegeben werde. Ist das aber der Fall, so ersieht man daraus, daß die offene Handelsgesellschaft durchaus nicht

scharf getrennt ist von den einzelnen Gesellschaftern, wie man das bei einer rechtsfähigen Person voraussetzen müßte.

Bei derartigen persönlichen Beziehungen tritt eben der zugrunde liegende obligatorische Vertrag mehr zutage. In diesem Falle findet also der letzte Satz des § 125 Abs. 2 H.G.B. keine Anwendung, weil sich — abgesehen von ausdrücklicher Bestimmung — die Vertretungsmacht nicht auf die Entgegennahme der Kündigung erstreckt.

Ein weiteres wichtiges Kennzeichen des Vereins im allgemeinen und des rechtsfähigen Vereins im besonderen ist es, daß ihr Bestand unabhängig ist von einem Wechsel ihrer Mitglieder. Als man noch scharf unterschied zwischen societas und universitas, beendigte jeder Personenwechsel die Sozietät und war nur bei einer Korporation denkbar. Bei der offenen Handelsgesellschaft liegt nun nach Ansicht vieler gerade dieses Kriterium der Korporation vor. So führt z. B. Schäfer[13]) folgendes aus: „Vielmehr ist die Handelsgesellschaft ein von der Person der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt. Ausschlaggebend ist, daß die Personen, welche die Gesellschaft bilden, wechseln können, ohne daß die rechtlichen Beziehungen der Gesellschaft als solcher durch den Mitgliederwechsel berührt werden. Der neue Gesellschafter tritt ohne weiteres in die Rechtsverhältnisse des Gesellschaftsvermögens ein.“ Affolter[14]) erkennt wenigstens an, daß die offene Handelsgesellschaft nur eine beschränkte Wandelbarkeit der Mitglieder besitze. Die Sache liegt aber in der Tat so, daß grundsätzlich der Bestand der offenen Handelsgesellschaft, ebenso wie der der bürgerlichen Gesellschaft, abhängig von dem Bestande der Gesellschafter ist. Wie schon mehrfach erwähnt, sind

---

[13]) Gruchot Bd. 38 S. 800ff.: „Über den Einfluß der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft auf schwebende Prozesse, in denen die Gesellschaft Partei ist.“

[14]) Affolter, Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 1ff.: „Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft.“

Tod oder Kündigung eines Gesellschafters sowie Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters gesetzliche Auflösungsgründe der offenen Handelsgesellschaft. Allerdings kann gemäß § 138 H.G.B. der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß in diesen drei Fällen die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, und andererseits ermöglicht § 130 H.G.B. den Eintritt in eine bestehende Gesellschaft. Die §§ 140, 141 H.G.B. regeln die Ausschließung eines Gesellschafters aus der Handelsgesellschaft. In ganz ähnlicher Weise gestatten aber auch die §§ 736, 737 B.G.B. die Fortsetzung der bürgerlichen Gesellschaft unter den übrigbleibenden Gesellschaftern. Wenn man also auch zugeben muß, daß durch diese Bestimmungen eine strenge Folge der römischen Sozietät auch noch ausdrücklich gemildert worden ist, so darf man doch nicht diese lediglich praktische Erweiterung dazu benützen, um speziell für die offene Handelsgesellschaft damit eine der wichtigsten Schranken als gefallen anzusehen, die sie von der juristischen Person geschieden haben würde.

Um aber zu erklären, daß auch diejenigen offenen Handelsgesellschaften, bei denen ein Wechsel der Gesellschafter nicht zulässig ist, selbständige Personen seien, behauptet Affolter a. a. O., das Erfordernis des Mitgliederwechsels sei kein der juristischen Person wesentliches. Die auch von Affolter angezogene Digestenstelle (D. 3,4 l. 7 § 2) ist aber offenbar anderer Ansicht. Nicht nur spricht sie mit knappen Worten das Prinzip des Mitgliederwechsels bei der universitas aus (nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint), sondern sie fährt auch fort: „Wenn bloß noch ein Mitglied der universitas da ist, kann dieses nach richtiger Ansicht klagen und verklagt werden, da das Recht aller auf den einen zusammengeschmolzen ist und der Name der Gesamtheit bestehen bleibt.“ So weit soll also „nach richtiger Ansicht“ die Unabhängigkeit der universitas

— der Verkörperung mehrerer — von den sie bildenden einzelnen reichen, daß sie bestehen bleibt, auch wenn „mehrere“ gar nicht mehr vorhanden sind. Es kann nach dieser Definition, auf der auch das ganze gemeine Recht gefußt hat, kein Zweifel sein, daß die erwähnte Eigenschaft — die allerdings nicht unbedingt bei jeder juristischen Person vorhanden sein muß — ein sehr wichtiges und wesentliches Kennzeichen der rechtsfähigen Personenvereinigungen ist. Affolter steht mit seiner gegenteiligen Ansicht wohl auch ziemlich allein. Freilich wäre es nicht undenkbar, daß einmal ein Verein irgend einer bestimmten Art z. B. des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Weise von der Persönlichkeit seiner Mitglieder abhängig wäre, daß er mit dem Tode eines derselben aufgelöst wäre. Eine solche Bestimmung müßte ausdrücklich in die Satzung aufgenommen sein, sie würde dann gemäß § 74 II B.G.B. wirksam sein („Wird der Verein . . . durch den Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit aufgelöst . . .“). Der erhebliche Unterschied ist also kurz der, daß bei allen Korporationen die Wandelbarkeit der Mitglieder ein gesetzliches, durch die Satzung bei gewissen Korporationsarten aber abzuänderndes Merkmal ist, während umgekehrt bei der offenen Handelsgesellschaft die Unwandelbarkeit der Gesellschafter das Gesetzliche und Gewöhnliche ist, jedoch durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden kann.

§ 4.

Alle jene Voraussetzungen also, mögen sie nun tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein, welche eine Personenmehrheit immer oder meistens aufweisen muß, damit ihr mangels ausdrücklicher Bestimmung Rechtspersönlichkeit zugeschrieben werde, sind bei der offenen Handelsgesellschaft nicht vorhanden. Es wird sich nun weiter darum handeln, ob sie Eigenschaften hat, die als

Folgerungen aus der juristischen Persönlichkeit anzusehen sind. Die Hauptfolge ist die Trennung der Vermögensverhältnisse der Korporation von denen der Mitglieder. Nun ist ja in dieser Hinsicht anerkannt und unbestreitbar, daß das Gesellschaftsvermögen eine gewisse Selbständigkeit besitzt, nicht nur bei der offenen Handelsgesellschaft, sondern auch bei der bürgerlichen Gesellschaft. Und mag man diese Selbständigkeit bei dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft auch als erhöhte ansehen, so fehlt ihr doch das Wichtigste, nämlich die Fähigkeit selbständiger Schuldenhaftung, sozusagen die passive Vermögensfähigkeit. Das wichtigste Moment deshalb, weil es für Dritte naturgemäß bedeutungsvoller ist, also gerade nach außen die eigene Persönlichkeit so recht erkennen läßt. Der Satz, daß Schulden einer Korporation nicht Schulden ihrer Mitglieder sind, würde verallgemeinert lauten: „Schulden der einen Person sind nicht ohne weiteres Schulden einer andern. Diesen selbstverständlichen Grundsatz bestreitet Affolter a. a. O. als nicht zwingend: „Die Nichthaftbarkeit der einzelnen ist für die juristische Person kein entscheidendes Merkmal.“ Weiter führt Affolter aber aus, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Schulden der Gesellschaft gar nicht dasselbe seien wie die Schulden der Gesellschafter, daß die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nicht ipso jure, sondern kraft besonderer Gesetzesvorschrift eintrete. Sobald die Gesellschafter belangt würden, verliere die Forderung den Charakter, den sie der Gesellschaft gegenüber gehabt habe, gehe aus einem andern Rechtsgrunde hervor; alle Ansprüche aus Gesellschaftsschulden gegen die Gesellschafter seien Ansprüche auf Schadloshaltung, während der Rechtsgrund der Gesellschaftsschuld Kauf, Darlehn usw. gewesen sein könne. — Im übrigen fänden sich viele Fälle gesetzlicher Haftung einer Person für die Schulden einer anderen.

Allein das greift nicht durch. Gewiß ist die Haftung der einzelnen Gesellschafter eine auf Gesetz beruhende. Aber gerade daraus, daß das Gesetz diese enge Verbindung der Interessen der einzelnen mit denen der Gesellschaft statuiert hat — da eben jeder primär mit seinem ganzen Vermögen haftet — muß man schließen, daß der offenen Handelsgesellschaft keine absolute vermögensrechtliche Selbständigkeit hat eingeräumt werden sollen.

Was speziell den von Affolter und auch von Schäfer a. a. O. herangezogenen Umstand betrifft, daß die neu eintretenden Gesellschafter für die alten Gesellschaftsschulden haften, so läßt sich dieser ebenso gut gegen die Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft verwenden. Denn einerseits ist ja allerdings richtig, daß der neue Gesellschafter dem Entstehen der alten Schulden fern steht, aber andrerseits wird gerade durch diese Bestimmung eine neue Sonderhaftung eines Mitgliedes festgesetzt, während natürlich der — vielleicht kapitalskräftige — Austretende für die alten Schulden weiter haftet. So ohne Beispiel ist der erstere Vorgang durchaus nicht; er stellt eben eine gesetzliche kumulative Übernahme der Schuld — nicht des Rechtssubjekts offene Handelsgesellschaft, sondern der bisherigen Gesellschafter — dar, ähnlich der des § 25 H.G.B.

Zwar ist es richtig, was Affolter anführt, daß auch bei juristischen Personen eine persönliche Haftung der Mitglieder vorkommen kann. Aber erstens ist das der Ausnahmefall, und ferner wird dadurch keineswegs das Prinzip durchbrochen, daß die Verbindlichkeiten der juristischen Person von denen der Mitglieder getrennt sind, denn die Haftung selbst ist eine andersartige, man kann sagen eine mehr bürgschaftsähnliche.

In dem Hauptfall dieser Erscheinung — nämlich bei den Genossenschaften — ist die Haftung so bestimmt, daß bei den Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschuß-

pflicht die Genossen überhaupt nur gegenüber der Genossenschaft haften, bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht nur auf eine bestimmte Summe und bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht nur auf den Konkursausfall. Dagegen ist die Haftung der Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft so geartet, daß die einzelnen Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, daß sie mit ihrem ganzen Vermögen, und daß sie primär haften. Ja, die Unbeschränktheit der Haftung ist ein so wesentliches Erfordernis der offenen Handelsgesellschaft, daß es auch noch in die Begriffsbestimmung des § 105 H.G.B. aufgenommen worden ist.

Unverständlich ist die Begründung, die Thiele[15]) für die von ihm angenommene Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft gibt. Er meint, das charakteristische Scheidungsmerkmal sei die Sonderhaftung des Gesellschaftsvermögens für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Dabei ist zunächst unklar, was er mit „Sonderhaftung" meint. Meint er damit die Vorschrift, daß ein Privatgläubiger eines Handelsgesellschafters sich nicht unmittelbar an das Gesellschaftsvermögen halten kann, so ist damit nichts bewiesen, denn dasselbe ist auch bei der bürgerlichen Gesellschaft der Fall. Will Thiele aber damit sagen, daß die Klage gegen die Gesellschaft etwas anderes sei als gegen die Gesellschafter, daß zwar beide wegen Gesellschaftsverbindlichkeiten gegeben seien, aber hinsichtlich der beklagten Subjekte sowohl wie der Befriedigungsmassen zu „sondern" seien, so ist dies vorerst eine — besonders nach altem Handelsrecht, auf dessen Boden Thiele steht — höchst bestrittene und jedenfalls von Thiele gänzlich unbewiesene Behauptung. Abgesehen aber selbst davon, daß Thiele sich, mindestens was die

---

[15]) Thiele, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 82, „Wer ist Partei, wer ist Dritter im Sinne des § 414 C.P.O.?"

oben unterstellte Behauptung der Verschiedenheit der Beklagten betrifft, in einem Zirkel bewegt, so ist mit dieser ganzen Annahme nichts für die Theorie von der Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft gewonnen, weil jedenfalls die Haftung der Gesellschafter, selbst wenn sie von der des Gesellschaftsvermögens gesondert sein sollte, eine primäre und unbeschränkte ist. Eine solche Haftungsart widerspricht, wie ausgeführt, dem Wesen der juristischen Person.

Daraus, daß Thiele die sogen. Sonderhaftung des Gesellschaftsvermögens als ausschlaggebend für den rechtlichen Charakter der offenen Handelsgesellschaft ansieht, daraus ferner, daß er ausführt, „der Name tue nichts zur Sache, event. konstruiere man sich mit Brinz ein Zweckvermögen oder fasse die Vermögensmasse selbst als Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten auf", aus alledem scheint hervorzugehen, daß Thiele jedes Sondervermögen als juristisch selbständige Person angesehen wissen will, eine Auffassung, die nicht nur den wichtigsten Folgerungen aus der modernen allgemein anerkannten Gesellschaftstheorie widerspricht, sondern die sich auch im Gegensatz zu Erscheinungen des römischen und gemeinen Rechts befindet. Sondervermögen als solche können nach allgemeinen Grundsätzen überhaupt nicht rechtsfähig sein. Die alte Einteilung der juristischen Personen in Korporationen, Stiftungen und Anstalten ist beizubehalten. Davon kann hier natürlich nur die Korporation in Frage kommen. Die von Thiele wieder ausgegrabene Theorie des Zweckvermögens ist längst als unhaltbar dargetan. Unterstellt man sie aber als richtig, so treffen die obigen Ausführungen über die Nichtalleinhaftung auch auf ein etwa selbständiges Vermögen zu. — Das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft ist eben ein in den bestimmten gesetzlichen Grenzen von dem andern Vermögen der Gesellschafter gesondertes, deshalb aber natürlich noch nicht

rechtsfähig, d. h. in jeder Beziehung selbständig. Andere Beispiele solcher Sondervermögen sind das Lehnsvermögen und das eingebrachte Gut.

§ 5.

Nach der tatsächlichen Übung im Verkehr und der sich daran anschließenden gesetzlichen Regelung ist nun allerdings dem Gesellschaftsvermögen eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt worden.

Allein auf diese positiven Bestimmungen[16]) wird von manchen die Theorie von der Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft gestützt. So meint Beseler,[17]) die Verhältnisse unter den Mitgliedern der Gesellschaft seien nach dem römischen Sozietätsprinzip geordnet, nach außen erscheine sie aber als juristische Person. Auch Windscheid[18]) neigt unter ausdrücklicher Angabe der fraglichen Artikel offensichtlich dieser Ansicht zu, ebenso wie Anschütz.[19])

Was die Vorschrift des Art. 111 Abs. 1 (§ 124 Abs. 1) anlangt, so läßt sie, wie noch eingehend erörtert werden wird, die widersprechendsten Auslegungen zu und hat sie auch gefunden. Bzgl. des Art. 113 (§ 130) ist schon gesagt, daß durch ihn für die juristische Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft nichts bewiesen wird. In den Art. 119, 120 H.G.B. war bestimmt, daß sich die Privatgläubiger eines Gesellschafters zum Zwecke ihrer Befriedigung oder Sicherstellung nicht an die einzelnen

---

[16]) Art. 111 (§ 124), Art. 113 (§ 130), Art. 119—122 H.G.B., deren Inhalt im folgenden besprochen wird.

[17]) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts (1866) S. 914, 915.

[18]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts S. 564.

[19]) Anschütz, Kommentar zum allgemeinen deutschen H.G.B. II S. 6ff.

Sachen und Forderungen des Gesellschaftsvermögens oder an einen Anteil daran halten, sondern nur den Gesellschaftsanteil ihres Schuldners pfänden könnten. Jetzt finden sich, wie schon bemerkt, dieselben Vorschriften auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die beiden Artikel sind also gestrichen worden, da sie durch das Bürgerliche Gesetzbuch und § 859 C.P.O. ersetzt sind. Auch Art. 122 ist nicht in das neue Handelsgesetzbuch übernommen. Auf diesen Artikel stützt sich die ältere Literatur bei ihrer Theorie von der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ganz besonders.[20]) Dagegen meint schon die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 5 S. 55, daß durch Art. 122 H.G.B. daran nichts geändert werde, daß die offene Handelsgesellschaft keine Persönlichkeit sei. Allerdings muß das Reichsgericht als Inhalt des Art. 122 zugeben, daß der Anspruch des Gesellschaftsgläubigers dem Privatvermögen der Gesellschafter gegenüber ein subsidiärer geworden ist. War aber die gewöhnliche Haftungsart der Gesellschafter durchbrochen, so war für den Konkursfall wirklich eine erhöhte Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens geschaffen. Diese Ausnahme greift nach neuem Handelsrecht nicht Platz, sondern es kann sich, wie Litthauer[21]) richtig als Hauptsache hervorhebt, jetzt der Gesellschaftsgläubiger schon während des Gesellschaftskonkurses wegen der ganzen Forderung an jeden Gesellschafter halten. Es bleibt gemäß § 209 K.O. nur die Tatsache des Gesellschaftskonkurses überhaupt bestehen. Aus dieser auf praktischen Rücksichten beruhenden Singular-

---

[20]) Wenigstens fehlt die Zitierung dieses Artikels nie, während die anderen wechseln; vgl. Sommer a. a. O.; Stobbe a. a. O. I S. 389; Windscheid a. a. O. u. a. Auch Dernburg — der sonst anderer Ansicht ist — hebt in seinem Preußischen Privatrecht II S. 615 als Eigentümlichkeit hervor, daß „besonderer Konkurs über das Vermögen der Handelsgesellschaft ausgebracht werden kann".

[21]) Litthauer, Kommentar zum H.G.B. S. 147.

bestimmung ist aber für die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nichts zu folgern. — Bzgl. des ebenfalls im neuen Handelsgesetzbuch fortgefallenen Art. 121 H.G.B. gilt das von den Art. 119, 120 Gesagte.

Ebenso wie Thiele tritt auch Eccius in einer Besprechung des Handbuches des deutschen Civilprozesses von Wach [22]) für die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ein. Nach seiner Meinung läßt das materielle Handelsrecht daran keinen Zweifel. Von der älteren Literatur steht u. a. auch Petersen auf diesem Standpunkt. In der Abhandlung „Über den Parteibegriff und die Parteifähigkeit“ [23]) vertritt Petersen allerdings nicht mehr eingehend diese seine Auffassung. Er beschäftigt sich dort vielmehr vorwiegend mit den rechtlichen Folgen, die entstehen, wenn man das Wesen der offenen Handelsgesellschaft von einem andern Standpunkt betrachtet. Dabei geht aber doch aus dem, was er sagt, unzweideutig hervor, daß der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nach seiner Ansicht weder rechtliche noch praktische Bedenken entgegenständen.

Auf dem hier vertretenen Standpunkt steht immerhin die überwiegende Literatur und die gesamte Praxis. Gierke lehrt so a. a. O. Bd. 1 S. 982; auch Cosack [24]) ist dieser Ansicht, ebenso Wach [25]) und die Kommentare von Struckmann-Koch (Komm. zu § 17 C.P.O.) und Wilmowski-Lewy (Komm, zu § 56 C.P.O. [a. F.] S. 109). Ebenfalls zu erwähnen ist hier noch von Älteren Thöl [26]) und Dernburg, [27]) welcher zugibt, daß „die Handelsgesellschaft in wesentlichen Stücken die Gestalt einer juristischen

---

[22]) Gruchot Bd. 30 S. 461.

[23]) Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 18 S. 1 ff.

[24]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 531.

[25]) Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes S. 518 ff.

[26]) Thöl, Handelsrecht § 88 Nr. 8.

[27]) Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 616.

Person angenommen habe; gleichwohl sei sie im Grunde Sozietät". Allerdings fehlt eine Begründung dieses Standpunktes entweder gänzlich oder sie ist nur andeutungsweise vorhanden, wie z. B. in dem schon verwendeten Aufsatz von Sommer (bei Gruchot Bd. 30 S. 338). Eine eingehende Würdigung der Hauptmerkmale, die die offene Handelsgesellschaft von der juristischen Person scheiden, ist nirgends zu finden. Nach den obigen Ausführungen sind diese Unterschiede, die auf tatsächlichem und rechtlichem Gebiete liegen, so tiefgehende, daß an eine Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft nicht mehr gedacht werden kann.

§ 6.

Wenn eingangs (§ 1) gesagt wurde, daß der Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft vom Gesetz nicht ausdrücklich festgesetzt und bezeichnet worden sei, so ist dabei der § 124 (Art. 111 a. F.) H.G.B. geflissentlich ausgeschaltet und übergangen worden, da sonst die Betrachtung des ersten Abschnittes dieses Paragraphen — der hier allein von Belang ist — hätte zerrissen werden müssen. Wie sich gleich zeigen soll, liegt der bedeutungsvolle Einschnitt in dem ersten Absatz vor den Worten am Schluß „vor Gericht klagen und verklagt werden". Man hat also in der Tat gemeint, in der Bestimmung dieses 1. Abschn. des § 124 H.G.B. die ausdrückliche Gesetzesvorschrift zu haben, welche die offene Handelsgesellschaft einer juristischen Person gleichstelle, ganz abgesehen von den sonstigen Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft. So vertritt u. a. eine Kammergerichtsentscheidung [28]) die Meinung, daß die offene Handelsgesellschaft zwar nicht juristische Person, wohl aber ein selbständiges,

[28]) Johow, Jahrbuch der Kammergerichtsentsch. Bd. 8 S. 113.

von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt sei, und zwar u. a. gestützt auf Art. 111. Dieser Art. 111 Abs. 1 des alten H.G.B. und der § 124 Abs. 1 des neuen H.G.B. lauten wörtlich gleich, nur ist jetzt vor „Handelsgesellschaft" das Wort „offene" eingefügt, was völlig bedeutungslos ist. Der Text lautet jetzt: „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden." Unter Übergehung der unfruchtbaren Subtilität des Kammergerichts, zwischen juristischer Person und Rechtssubjekt zu scheiden, kann man aus dem Paragraphen zweierlei herauslesen. Einmal hat man gefunden, daß durch ihn, wie gesagt, ganz ohne Rücksicht auf ihre sonstige Gestaltung, der offenen Handelsgesellschaft Rechtspersönlichkeit unzweideutig beigelegt werde. Denn das sei ein Axiom, daß nur ein Rechtssubjekt mit Rechten begabt und mit Pflichten belastet sein könne. Ferner aber kann man, wenn man der ersten Auslegung sich nicht anschließen will, in den Worten „die offene Handelsgesellschaft kann . . . vor Gericht klagen und verklagt werden" mindestens die ausdrückliche Festsetzung ihrer Parteifähigkeit finden. — Beide Meinungen werden aber durch eine sehr einfache Überlegung widerlegt. Es ist nämlich durchaus möglich, daß, wenn im § 124 Abs. 1 der „offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma" die dort aufgezählten Eigenschaften beigelegt werden, damit nur gemeint ist, die Gesellschafter können unter der Firma der Gesellschaft, also gewissermaßen unter einem Sammelnamen, Rechte und Pflichten haben, klagen und verklagt werden. Dabei würden aber materiell wie prozessual die Gesellschafter die Subjekte der Rechtsverhältnisse sein, nur brauchten sie eben nicht bei jedem Rechtsgeschäft bezw. Prozeß einzeln genannt zu werden und hervorzutreten. Jedenfalls steht durch den Gesetzestext das Gegen-

teil durchaus nicht fest, und, wie schon oben bemerkt, hat diese Stelle die verschiedensten Auslegungen erfahren. Wach (a. a. O. S. 518 ff.) vertritt den Standpunkt, daß „die Nennung aller Einzelnamen denselben Effekt habe wie die Nennung des Kollektivnamens". — Es kommt dazu, daß das neue H.G.B. in § 17 Abs. 2 die neue Bestimmung enthält: „Ein Kaufmann kann unter seiner Firma klagen und verklagt werden." Dadurch wird die Ansicht von Wach und seinen Anhängern erheblich unterstützt, zumal die auch im alten Handelsgesetzbuch enthaltene Bestimmung des jetzigen § 17 Abs. 1 einigermaßen analog ist den ersten Vorschriften des § 124 Abs. 1 H.G.B., während eben der letzte Teil sich mit § 17 Abs. 2 vollkommen deckt. Es ist aber ganz zweifellos, daß mit dem § 17 H.G.B. weder materiell- noch prozessualrechtlich neben die Person des Kaufmanns die der Firma gesetzt worden wäre, sondern daß nur für den Kaufmann noch ein anderer als der bürgerliche Name festgesetzt und auch zum Gebrauch im Prozeß freigegeben wird. Das Rechtssubjekt und die Partei ist also immer die sich unter dem Firmennamen verbergende Person des Kaufmanns. — Aus alledem ergibt sich, daß der scheinbar so wichtige § 124 Abs. 1 H.G.B. für das Wesen der offenen Handelsgesellschaft zunächst so gut wie nichts enthält. Weder ist durch ihn — was an sich ja bei der ohne weiteres Recht schaffenden Wirkung des Gesetzes im Bereich der Möglichkeit gelegen hätte — unabhängig von den sonstigen Eigenschaften der offenen Handelsgesellschaft, ja, wie gezeigt, im Widerspruch mit denselben, der offenen Handelsgesellschaft Rechtsfähigkeit, noch ist ihr mit den Schlußworten des ersten Abschnittes ausdrücklich Parteifähigkeit beigelegt worden. Das Handelsgesetzbuch behandelt die offene Handelsgesellschaft demnach nicht ausdrücklich und nicht stillschweigend als rechtsfähig, ebenso wenig verleiht es ihr ausdrücklich die Eigenschaft, als solche Prozesse selbständig zu führen.

Es bleibt daher noch zu untersuchen, aus welchen andern Gesetzesstellen man etwa folgern kann oder muß, daß die offene Handelsgesellschaft, obwohl ihr privatrechtlich die Eigenschaft eines Rechtssubjektes nicht zukommt, als ein von der Gesamtheit der Gesellschafter verschiedenes Prozeßsubjekt zu betrachten, und wie der letzte Teil des § 124 I H.G.B. aufzufassen sei. Dazu wird es in erster Linie nötig sein, der Frage näherzutreten, die schon mit der zweiten Auslegung des § 124 Abs. 1 H.G.B. berührt worden ist, nämlich der Frage, ob überhaupt Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit möglich ist.

§ 7.

Vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch wurde hier und da — wie auch schon oben § 2 erörtert ist — die Meinung vertreten,[29]) daß „nach dem Verkehrsbedürfnis allen Personenvereinen, auch den reinen Privatvereinen, die Fähigkeit zuzuerkennen sei, ohne Rücksicht auf die jeweiligen Einzelglieder als Gesamtheit zu klagen und verklagt zu werden“ (Reincke, Komm. zur deutschen Civilprozeßordnung; Bem. zu § 19 Abs. 1 [a. F.]). Etwas enger führt R.G.E. Bd. 8 S. 121 aus, „daß die modernen Vereine, deren Verfassung den Mitgliederwechsel unbeschadet der Fortexistenz des Vereins gestatte, in ihren civilrechtlichen Beziehungen als rechtsbeständig anzuerkennen seien, ihnen auch die Befugnis zustehe, unter dem Namen des Vereins Rechte zu erwerben, Verpflichtungen zu übernehmen und Prozesse zu führen“. Der ganzen Tendenz nach ist aber nicht anzunehmen, daß damit etwa auch bloß, wie mit § 124 Abs. 1 H.G.B., ein erleichternder Gebrauch eines

[29]) vgl. die oben zitierten Stellen, Gierke l. c. Bd. 1 S. 110, Bd. 2 S. 887; R.G.E. Bd. 4 S. 156, Bd. 8 S. 122; Seuff. Arch. Bd. 6 Nr. 2, Bd. 23 Nr. 206.

Sammelnamens und keine Wesenseigenschaft zugestanden werden sollte. Vielmehr ging die damalige Auffassung in der Tat dahin, daß derartige Vereine ohne ausdrückliche Rechtspersönlichkeit doch analog juristischen Personen zu behandeln seien, so daß sie z. B. nur mit dem Vereinsvermögen hafteten und als selbständige Prozeßsubjekte auftraten. Diese laxe und die Grenzen verwischende Anschauung, die den hohen Wert des Publizitätsprinzipes bei der Bildung von Rechtspersonen verkennt, ist schon vor ihrer Ablehnung durch das Bürgerliche Gesetzbuch und zum Teil die Civilprozeßordnung von der Judikatur selbst mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen worden. Solche sind unter anderem in dem Urteil des Reichsgerichts vom 5. März 1884 enthalten.[30]) Dort wird zunächst konstatiert, daß es versucht worden sei, jede Personengesamtheit, die gemeinsame Zwecke verfolge und hierzu Vermögen besitze, das tatsächlich vom Vermögen der Mitglieder getrennt sei, bei der ferner auch die Mitglieder wechseln könnten, — jede derartige Personengesamtheit analog einer Korporation zu behandeln. Ein solches Verfahren möge allerdings wohl praktisch sein, lasse aber außer acht, daß es zur Begründung bestimmter Rechtsverhältnisse außer dem Vorhandensein der mit dem Anspruch auf rechtliche Anerkennung auftretenden Tatsachen eben gerade dieser Anerkennung bedürfe; erst das objektive Recht öffne solchem Anspruch die Wege.

Die hier widerlegte Auffassung — die speziell für die offene Handelsgesellschaft schon deshalb nicht zu verwenden wäre, weil diese sich ja vom Verein erheblich unterscheidet — gehört freilich der Geschichte an. Immerhin ist sie gerade hier von Interesse, weil in ihr, wenn auch noch unklar, der Gedanke auftaucht, ein Rechtsgebilde, das nicht Rechtssubjekt ist, doch prozessualisch analog einem solchen zu behandeln.

[30]) R.G.E. Bd. 12 S. 229.

Ganz abgesehen von dieser rechtshistorischen Episode, sträubt man sich von alters her, Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit anzuerkennen, obwohl die alte Civilprozeßordnung nichts darüber sagte. Man nahm an, daß sie von dem selbstverständlichen Satze ausging, daß die Parteifähigkeit lediglich der Rechtsfähigkeit folge. Das ist der prinzipielle Grund, weshalb nach der herrschenden Meinung die offene Handelsgesellschaft, wenn sie nicht juristische Person ist, auch nicht als solche klagen oder verklagt werden kann.[31]) Im weiteren wurde aber auch das Bedürfnis einer solchen formellen Parteifähigkeit geleugnet. Da der Civilprozeß nur zur Geltendmachung des materiellen Rechtes vorhanden ist, so liegt es nahe, die Rechtsfähigkeit als notwendige Voraussetzung für die Parteifähigkeit anzusehen. Noch Petersen (bei Busch a. a. O.) meint, es unterliege geringeren Bedenken, einem Sondervermögen, z. B. der Konkursmasse, juristische Persönlichkeit und damit Parteifähigkeit beizulegen, als eine bloß formale Parteistellung anzuerkennen. Grundsätzlich verwerfen Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit Thiele (a. a. O.) und Schäfer (a. a. O.), der sie sogar als undenkbar bezeichnet. — Wach (Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes S. 518 ff.) nimmt eine eigenartige Stellung ein. Er meint, das Recht von Personenmehrheiten, als Partei aufzutreten, erscheine „nur formell". Diese formelle Parteifähigkeit bedeutet aber nach seinen weiteren Ausführungen nicht viel mehr, als daß die mehreren unter einem gemeinsamen Namen auftreten können. Nur in zwei Beziehungen, meint er, werde eine derartige Personenmehrheit vom Gesetz dem Rechtssubjekt gleichgestellt, nämlich in der Frage des Gerichtsstandes und der Zustellung (C.P.O. a. F. §§ 19, 157). Im übrigen ergehe das Urteil für und gegen die Mitglieder; das Verhältnis des

[31]) So auch neuerdings wieder u. a. Petersen, Kommentar zur C.P.O. S. 128: „Die Ansicht, nach der die offene Handelsgesellschaft zwar nicht Rechtssubjekt, aber parteifähig ist, läßt sich nicht halten."

Vertreters zu den einzelnen, die Art der Mitgliederrechte am Vereinsvermögen, berühre die Parteistellung der Mitglieder so lange nicht, als der Verein der juristischen Persönlichkeit entbehre. Die interessanten Spezialausführungen Wachs werden unten eingehend gewürdigt werden.

Eccius (a. a. O.), Wilmowski-Lewy (a. a. O.) und Bunsen[32]) geben das Vorhandensein einer Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit zu, ohne sich die eben erwähnte Ansicht zu eigen zu machen. Sie unterscheiden eben in anderm Sinne als Wach einen materiellen und einen formellen Parteibegriff. Die Frage nach der Parteifähigkeit kann nämlich nur unter Beantwortung der umfassenderen Frage nach dem Parteibegriff gelöst werden.

§ 8.

Gerade neuerdings wird wieder viel über ihn gestritten. Die beiden wichtigsten Definitionen sind die von Wach (a. a. O.) und seinen Anhängern vertretene: „Parteien sind die Subjekte des im Streit befindlichen Anspruchs, der res in iudicium deducta“ und andrerseits die neuerdings, zuerst von Otto Fischer aufgestellte, von Oetker[33]) und Stegemann[34]) ausführte Begriffsbestimmung: „Die Parteien sind rem in iudicium deducens und is, contra quem res in iudicium deducitur.“

Fischer hat, wie gesagt, zuerst mit dem gemeinrechtlichen Parteibegriff gebrochen. Gelegenheit dazu boten ihm die Kontroversen über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters. Er hat denselben[35]) als Organ auf-

[32]) Bunsen, Zeitschr. f. deutsch. C.P. Bd. 26 S. 19ff.: „Die Parteien im Civilprozeß.“

[33]) Oetker, Jur. Lit.-Bl. 1890.

[34]) Stegemann, Zeitschr. f. deutsch. C.P. Bd. 17 S. 330ff.: „Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff.“

[35]) Krech u. Fischer, Das preuß. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 1883 S. 127.

gefaßt, „welches kraft Amtes, ohne Vertreter oder Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im privatrechtlichen Sinne zu sein, Rechte desselben ausübt, um dadurch die vom Staate in der Form des Konkurses gewährte Art des Rechtsschutzes zur Durchführung zu bringen".

Fischer hat diese formale Parteistellung später auch erweitert und betont sie immer wieder.[36]) Neuerdings hat einer seiner Anhänger, Schott,[37]) diesen Parteibegriff näher erörtert. Er kommt nach einer Besprechung der einzelnen Hauptfälle (Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker, Pfleger von Nichtpersonen usw.) zu dem Ergebnis, „daß in allen Fällen, in denen jemand in eigenem Namen den Rechtsstreit führt, er auch Partei ist" (l. c. S. 74).

Wie man sogleich sieht, wird von der ersteren, der alten, Ansicht das dem Prozeß zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis als für die Parteistellung ausschlaggebend angesehen, während die neuere Definition von ihm absieht. Wesentlich auf dem Standpunkt Wachs steht Petersen (Zeitschr. f. deutsch. C.P. Bd. 18 S. 1ff.). Nach ihm ist Partei derjenige, der in eigenem Namen und zur Wahrung seiner eigenen Interessen einen Prozeß führt, aus dessen Vermögen aber auch der zur Durchführung des Prozesses erforderliche Aufwand zu bestreiten ist. Scheinbar vertritt auch Thiele (a. a. O.) diesen Parteibegriff, wenigstens schließt er sich an die Wachsche Definition an und weist nur darauf hin, daß im Sinne von § 414 C.P.O. (a. F.) der gesetzliche Vertreter der Partei gleichstehe. Bunsen hinwiederum bekämpft (l. c.) diesen schon im gemeinen Recht

[36]) Zeitschr. f. dtsch. C.P. Bd. 10 S. 436; — Fischer, Recht u. Rechtsschutz S. 45.

[37]) Schott, Armenrecht d. dtsch. C.P.O. (in den „Abhandlungen z. Privatrecht u. C.P. d. Dtsch. Reiches", herausgegeben von Dr. Otto Fischer) S. 60–75.

anerkannten Parteibegriff. Er kommt zu dem Resultat, daß bei seiner Anwendung im negativen Feststellungsprozeß die Aktivpartei fehlen würde. — Nach der alten Auffassung vom Parteibegriff müßte man einer nichtrechtsfähigen Personenmehrheit wie der offenen Handelsgesellschaft die Parteifähigkeit versagen, da ja materiell die Gesellschaft nicht Subjekt des im Streit befindlichen Anspruchs sein kann, denn sie ist überhaupt nicht Rechtssubjekt. Fast überall treffen aber die Gründe zu, die Stegemann (l. c.) und der von ihm zitierte Eccius dafür anführen, daß der alte Parteibegriff zwar die meisten, jedoch nicht alle Fälle decke. Er versagt z. B. — wie dort ausgeführt — bei Erklärung des § 236 C.P.O. (a. F.), der bestimmt, daß die Veräußerung der in Streit befangenen Sache keinen Einfluß auf den Prozeß hat. Hier endigt also die Parteistellung des Veräußernden nicht mit der Beendigung seines materiellen Verhältnisses zur Streitsache. Durchschlagend ist das Beispiel vom Konkursverwalter. Will man diesen nicht mit Fischer, Schott und Stegemann als Partei ansehen, so bliebe nur der Ausweg, ihn als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners, also einer prozeßfähigen Person, aufzufassen, was eine unhaltbare Konstruktion schon deshalb sein würde, weil er durchaus nicht bloß Rechte des Gemeinschuldners wahrzunehmen hat.[38])

So neigt denn jetzt in der Tat Literatur und Praxis dazu, dem Konkursverwalter bezüglich der Konkursmasse Parteistellung zuzugestehen. Auch der 5. Civilsenat des Reichsgerichts hat am 10. Februar 1892 (vgl. Petersen l. c.) den Fischerschen Parteibegriff gebilligt, indem er den Konkursverwalter als Partei angesehen hat. Allerdings muß zugegeben werden — und wird auch von Stegemann nicht verkannt —, daß gewisse Wirkungen der Partei-

[38]) Schott a. a. O. S. 63: „kein bloßer Vertreter, sondern ein Verfüger".

stellung, z. B. die Kostenpflicht, nicht den Deduzenten, sondern den Berechtigten treffen (Stegemann l. c. S. 363). Das liegt, wie Stegemann dort selber einräumt, daran, daß unsere Civilprozeßordnung hauptsächlich auf „Parteien mit selbstischem Interesse“ zugeschnitten war. Dasselbe hebt auch Schott l. c. S. 62 und S. 75 hervor. Weiter führt Stegemann aus, daß die Befugnis, den Anspruch eines Dritten unabhängigig von dessen Willen prozessual geltend zu machen, auf drei verschiedenen Gründen beruhen könnte:

1. auf einem Recht am Anspruch des Dritten (z. B. Forderungspfandgläubiger),
2. auf Amtsgewalt (z. B. Konkursverwalter),
3. auf prozessualer Zweckmäßigkeit (Fälle der §§ 236, 73 C.P.O. a. F.).

Es ist wichtig, daß dieser Ansicht auch Gaupp und Stein in ihrem Kommentar zur Civilprozeßordnung S. 126 im wesentlichen beitreten. Auch hier wird vorgetragen, daß nach der Civilprozeßordnung nur im Regelfalle die Subjekte des materiellen Rechtsverhältnisses die Parteien seien. Im übrigen würden vom Gesetz als Parteien anerkannt:

a) Personen, welche, ohne Subjekte des Rechtsverhältnisses zu sein, kraft eines eigenen Rechtes oder Interesses daran, zu seiner prozessualen Geltendmachung befugt sind (z. B. Ehemann),

b) Personen, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung als Parteien auftreten (z. B. Inkassomandatar),

c) Personen, denen in einem sie materiell nicht berührenden Rechtsstreit Parteistellung kraft Amtes zukommt (z. B. Konkursverwalter).

In dieser Aufstellung entsprechen vollkommen die Fälle unter a den von Stegemann unter Nr. 1 genannten Fällen, ferner decken sich die Arten unter c und Nr. 2. Es kann endlich kein Zweifel sein, daß die übrig-

bleibenden Fälle unter b bezw. Nr. 3 wenigstens insofern dasselbe meinen, als die unter b begriffenen Fälle eine engere Gruppe der unter Nr. 3 zusammengefaßten allgemeineren Spezies darstellen. Dagegen weichen Gaupp und Stein insofern erheblich von Stegemann ab, als sie seinen Fehler vermeiden, diese Arten von Parteistellungen damit zu erklären, daß in ihnen die Befugnis liege, den Anspruch eines Dritten „unabhängig von dessen Willen" prozessual geltend zu machen. Das Willensmoment hier heranzuziehen, ist deshalb ganz unangebracht, weil ja bei einer von dem Dritten — dem Anspruchssubjekt — gewollten Geltendmachung prozessuale Stellvertretung vorliegen würde.

§ 9.

In beiden Aufstellungen ließe sich auch die offene Handelsgesellschaft als Prozeßpartei unterbringen. Sicherlich würde sie weder unter Nr. 1 bezw. a noch 2 bezw. c fallen; dagegen steht nichts im Wege, ihr aus Zweckmäßigkeitsgründen die Stellung einer Prozeßpartei einzuräumen, und andrerseits paßt auch das für sie, daß sie im eigenen Namen — d. h. eben als selbständige Partei — auftritt, jedoch für fremde Rechnung, denn materiell werden ja die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Man darf sich dabei nicht an das von Gaupp-Stein gebrauchte Wort „Personen" zu stoßen. Damit sollte sicher nicht strikte der rechtstechnische Ausdruck gebraucht werden, der die natürlichen und die juristischen Personen umfaßt, sondern es könnte ebenso gut „Rechtsgebilde" dastehen.

Bei alledem ist zuzugeben, daß scheinbar weder Gaupp-Stein noch Stegemann die offene Handelsgesellschaft als zwar partei- aber nicht rechtsfähig anerkennen. Der erstgenannte Kommentar sagt (S. 133), nachdem er einige Fälle, darunter auch die offene Handelsgesellschaft,

aufgeführt hat, wörtlich: „In allen diesen Fällen privatrechtlicher Art geht die Verleihung der Parteifähigkeit Hand in Hand mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit, mag die letztere in allgemeiner Wendung oder in der Form ausgesprochen sein, daß die Gesellschaft eigne Rechte und Verbindlichkeiten haben kann oder wie sonst.“ Stegemann hat sich über die offene Handelsgesellschaft nicht ausdrücklich ausgesprochen. Es scheint aber aus seiner Erörterung (a. a. O. S. 367) hervorzugehen, daß er der — später im einzelnen zu besprechenden — Wachschen Ansicht zuneigt, nach welcher im Prozeß der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter Partei sind. Trotzdem liegt kein Grund vor, den neu gewonnenen und als zutreffend erkannten Parteibegriff nicht auch auf Fälle anzuwenden, an welche die Urheber der Idee nicht dachten. Jedenfalls darf man aber nicht verkennen, daß ein wichtiger Unterschied doch besteht zwischen den von Stegemann und Gaupp-Stein genannten Beispielen einerseits und der offenen Handelsgesellschaft andrerseits. Jene nämlich legen das ganze Gewicht darauf, nachzuweisen, daß ein Rechtssubjekt Prozeßpartei sein kann, ohne Subjekt des in Streit befindlichen Anspruches zu sein, wobei aber, wenigstens den Beispielen nach, immer eben von Rechtssubjekten die Rede ist. Insofern nun trifft also dieser formale Parteibegriff auch auf Erscheinungen wie die offene Handelsgesellschaft zu, als auch diese entschieden nicht Subjekt des im Gesellschaftsprozeß streitigen Anspruchs ist. Daß sie aber überhaupt nicht Subjekt von Rechten und Pflichten sein kann, steht deshalb nicht der Anwendung dieses Parteibegriffes entgegen, als die beiden zitierten Autoren dem ganzen Zusammenhang und der Tendenz ihrer Ausführungen nach auf diese Frage überhaupt nicht eingehen wollen. Soviel — aber auch nicht mehr — ist also durch den formellen Parteibegriff auch für die offene Handelsgesellschaft gewonnen, daß ihre etwaige zu der konkreten

materiellen Streitsache beziehungslose Parteistellung nicht in Widerspruch steht mit dem Parteibegriff. Schott (l. c. S. 73—75) ist der einzige, welcher bei Gelegenheit der Besprechung des formalen Parteibegriffes die Ansicht vertritt, daß die offene Handelsgesellschaft — von der er im übrigen meint, daß es „auch jetzt noch streitig sei, ob sie eine juristische Person sei“ — jedenfalls parteifähig sei.

Wie oben bemerkt, ist schon vor der Novelle zur Civilprozeßordnung ein in dem ferneren Sinne formeller Parteibegriff von einigen vertreten worden, daß dabei von der unbedingten Notwendigkeit der Rechtsfähigkeit abgesehen wurde. Es scheint, als ob, abgesehen von der rechtsirrtümlichen Auffassung der nichtrechtsfähigen Vereine im allgemeinen, diese Ansicht sich gerade auch gestützt hätte auf die Gestaltung der offenen Handelsgesellschaft schon nach altem Handelsgesetzbuch. Dazu kommen die ebenfalls schon genannten §§ 19 und 157 C.P.O. (a. F.), von deren höchst vorsichtigem Wortlaut man freilich nicht sagen konnte, daß durch ihn Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit statuiert würde, der aber doch die Möglichkeit dazu bereits offen ließ. Scheinbar sollten damals die viel umstrittenen Fragen sowohl nach dem Wesen der juristischen Personen als danach, ob unter Umständen auch nichtrechtsfähige Personenmehrheiten parteifähig sein könnten, absichtlich gesetzlich nicht geregelt werden.

§ 10.

Nunmehr ist das anders. Der § 50 C.P.O. (n. F.) lautet in seinem ersten Abschnitt: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist“ und im zweiten: „Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden; in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.“ Der Kommentar von Gaupp-Stein S. 132 macht sehr richtig

darauf aufmerksam, daß der erste Absatz kein „nur“ enthält. In der Tat wird die Rechtsfähigkeit nicht als unerläßliche Voraussetzung für die Parteifähigkeit hingestellt, denn schon der zweite Absatz setzt für nichtrechtsfähige Vereine die passive Parteifähigkeit fest. Es wäre ein Streit um Worte, wenn man aus dem Ausdruck „. . . . die Stellung eines rechtsfähigen Vereins“ etwa entnehmen wollte, daß der nichtrechtsfähige Verein nicht Passivpartei wird, sondern nur analog einer solchen — und zwar speziell eines verklagten rechtsfähigen Vereins — zu behandeln sei. Vielmehr wird eine Analogie nicht mit einer Prozeßpartei, sondern eben mit dem rechtsfähigen Verein aufgestellt.

Wenn also der § 50 Abs. 2 C.P.O. mit klaren, unzweideutigen Worten ausspricht, daß ein Rechtsgebilde als Prozeßsubjekt behandelt werden kann, obgleich es nicht Rechtssubjekt ist, so ist auch bezüglich der offenen Handelsgesellschaft für Anerkennung ihrer Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit das prinzipielle Hindernis gefallen und insoweit die Bahn frei. Denn, so wenig dem ersten Absatz des § 50 C.P.O. ausschließende Bedeutung zukommt, so wenig wird man die Ausnahme des Abs. 2 für eine unbedingt einzig dastehende ansehen. Keineswegs kann durch ihn die Gesetzgebung, auch die materiell-rechtliche z. B. des Handelsgesetzbuchs, gehindert sein, irgendeinem nichtrechtsfähigen Gebilde Parteifähigkeit beizulegen. Ob das nun allerdings hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft geschehen ist, soll später geprüft werden. Hier mag auch noch erwähnt sein, daß durch den § 50 II C.P.O. auch der Stegemannsche formelle Parteibegriff implicite gesetzliche Billigung gefunden hat.

Es kann den für die Möglichkeit einer bloßen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft aus § 50 II C.P.O. hergenommenen Analogiebeweis nicht erschüttern, daß bei der offenen Handelsgesellschaft auch eine aktive Partei-

fähigkeit in Frage käme; denn irgendein hier relevanter Wesensunterschied zwischen aktiver und passiver Parteifähigkeit ist nicht ersichtlich. — Die Bedeutung des § 50 ist freilich nicht die, daß in ihm zwei beliebige Fälle der Parteifähigkeit genannt werden, sondern die, daß der Abs. 1 die regelmäßige Voraussetzung der Parteifähigkeit, der Abs. 2 die wichtigste Ausnahme davon festsetzt.[39]) Von dieser Ausnahmestellung wird nun nicht behauptet, daß sie sich ohne weiteres analog auf ähnlich geartete Rechtsgebilde ausdehnen ließe, sondern nur, daß aus ihr auch die Möglichkeit von anderen Ausnahmen folge. Aus alledem geht hervor, daß einer bloßen Parteistellung der offenen Handelsgesellschaft weder der Begriff der Partei noch derjenige der Parteifähigkeit entgegensteht. Es ist jedoch weiterhin ebenso sicher, daß, wenn das Recht eine fernere Ausnahme von § 50 I C.P.O. nicht ausdrücklich macht, mit schwerwiegenden inneren Gründen dargetan werden muß, daß es mit seinen sonstigen Vorschriften eine solche gewollt habe. Das ist eben die „Anerkennung durch das objektive Recht", von der die oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung Bd. 12 S. 229 spricht.

§ 11.

Man kann wohl drei Hauptansichten über die Prozeßstellung der offenen Handelsgesellschaft unterscheiden, neben vielen sowohl von diesen drei Ansichten als untereinander abweichenden Einzelmeinungen. Die erste dieser Ansichten zieht lediglich die Konsequenzen aus der angeblichen Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft, so vor allen Thiele (a. a. O.). Danach sind natürlich die

---

[39]) Ebenso Skonietzki u. Gelpcke, Komm. zur C.P.O. S. 112 zu § 50; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 248; — a. M. ist Petersen, Komm. zur C.P.O. S. 126.

einzelnen Gesellschafter im Gesellschaftsprozeß nicht Partei, können also Zeugen und Intervenienten sein. Die Gesellschafter dagegen, welche die Gesellschaft zu vertreten haben, sind die gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Gesellschaft. Die Parteieide haben die zur Zeit der Eidesleistung vertretungsberechtigten Gesellschafter zu leisten. Genau dasselbe gilt von den Liquidatoren, da bei eingetretener Liquidation die Fortdauer der Gesellschaft fingiert wird. — Im wesentlichen auf diesem Standpunkte steht auch Schäfer (bei Gruchot l. c.) mit einer unbedeutenden später noch näher zu erörternden — Abweichung. Er spricht auch noch ausdrücklich aus, daß, wenn bei bestehender Gesellschaft während des Prozesses die Mitglieder wechseln, die Ausscheidenden auch aus dem Prozeß ausscheiden, die Eintretenden auch in den Prozeß eintreten. Eccius (bei Gruchot a. a. O.) tritt, wie schon berichtet, dafür ein, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person und als solche auch im Prozeß zu behandeln sei. Hierbei kritisiert er, wie sogleich gezeigt werden soll, Wachs Meinung besonders in einem wichtigen Punkte. Es ist ebenfalls schon hervorgehoben worden, daß Petersen (a. a. O.) der eigenen Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht abgeneigt ist, vorzugsweise jedoch die Konsequenzen des andern Standpunktes erörtert und sich hierbei grundsätzlich Wach anschließt.

Dieser vertritt l. c. die zweite der oben genannten drei Hauptansichten. Nach ihm sind in den Gesellschaftsprozessen die Gesellschafter als Streitgenossen Partei, und zwar so, daß das Rechtsverhältnis nur einheitlich allen gegenüber festgestellt werden kann. Diesen grundlegenden Gedanken wendet er auf die einzelnen Erscheinungen des Prozesses an, wie man ohne weiteres zugeben muß, durchweg folgerichtig. Er kommt dabei zu extremen Ergebnissen. So wirkt nach ihm die Rechtskraft des Gesellschaftsurteils für und gegen die Gesellschafter, so kann, wie er

im einzelnen ausführt, kein Gesellschafter im Gesellschaftsprozesse Zeuge oder Nebenintervenient sein. Hinsichtlich seines individuellen Rechtes sei die Notwendigkeit einer Nebenintervention deshalb nicht vorhanden, weil ihm insoweit der Gesellschaftsprozeß nicht präjudizieren könne. Weiter lehrt er, daß bei Auflösung nach Art. 123 Nr. 4, 5 H.G.B., wenn die Gesellschafter ohne Liquidation über das Gesellschaftsvermögen verfügen, der Prozeß gegen die socii unterbrochen bleibt und nur die Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters als solchen erlischt. Beim Wechsel der Gesellschafter lite pendente bleibt der Ausscheidende in den Prozeß verwickelt, der Neue tritt als Streitgenosse ein. Der Parteieid ist allen Gesellschaftern zuzuschieben und von allen zu leisten. Der firmierende Gesellschafter ist nicht gesetzlicher Vertreter einer prozeßunfähigen Person. — Das sind etwa — kurz zusammengefaßt — die Hauptresultate der Darlegung bei Wach.

Eine Mittelstellung endlich hat das Reichsgericht eingenommen, welcher sich im wesentlichen Staub angeschlossen hat. Das Reichsgericht hat zwar ebenfalls den Satz: „Im Gesellschaftsprozeß der offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter die eigentliche Partei“ häufig mittelbar wie ausdrücklich ausgesprochen. Es meint damit jedoch, wie aus seiner Anwendung dieses Prinzipes hervorgeht, etwas anderes als Wach. In seiner Entsch. Bd 17 S. 365 ff. kommt es zu dem Schlusse, daß die Nichtliquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation, und in der Entsch. Bd. 32 S. 398 ff., daß die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft in den Gesellschaftsprozessen nicht als Zeugen vernommen werden dürfen. Die offene Handelsgesellschaft sei von der Person der Gesellschafter nicht verschieden. Dagegen kommt das Reichsgericht in dem Urteil Bd. 5 S. 70 ff. zu einem praktischen Resultat,

das dem Grundsatz von der Parteieigenschaft der Gesellschafter offenbar widerspricht. Es heißt dort, daß der einzelne Gesellschafter in der Weise eines Nebenintervenienten die Verteidigung der Gesellschaft übernehmen kann. Allerdings — so wird eingeräumt — müsse grundsätzlich der Intervenient ein von den Parteien verschiedener Dritter sein, während doch jeder einzelne Gesellschafter durch die Klage gegen die Gesellschaft effektiv mitbelangt werde. Allein das gelte nicht nach allen Richtungen hin; soweit der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen hafte, sei er weder durch die Klage gegen die Firma belangt noch durch die Vertreter der Gesellschaft vertreten, und doch präjudiziere ihm das die Gesellschaft verurteilende Erkenntnis auch nach dieser Richtung. Insofern erscheine er formell als Dritter, und sein Interesse am Ausgange des Rechtsstreits evident. Auf demselben Standpunkt steht auch das Reichsgerichtsurteil Bd. 34 S. 360 ff. Staub (Kommentar zum H.G.B. S. 395 unter c) wirft die Frage auf, ob in der verschiedenen Behandlung der Gesellschafter, je nachdem sie als Zeugen oder Nebenintervenienten auftreten sollen, ein einheitliches Prinzip liege. Er kommt aber zu der Beantwortung, daß es ganz gerechtfertigt ist, auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter nicht als Zeugen zu vernehmen, dagegen jeden Gesellschafter als Nebenintervenienten im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft zuzulassen. Er begründet das damit, daß zur Zeugenqualität unbedingt Personenverschiedenheit von der Partei gehöre, dies Erfordernis dagegen bei der Nebenintervention nicht so strikte sei. Allein eine solche Unterscheidung trifft nicht zu, ja die dabei vertretene Auffassung von dem Wesen des Nebenintervenienten steht sogar im Widerspruche zum Gesetz. Denn § 66 (n. F.) [63 a. F.] C.P.O. lautet: „Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen andern Personen anhängigen Rechtsstreite . . .“ Und wenn das rechtliche Interesse,

das der Nebenintervenient an dem Obsiegen der einen Partei haben muß, wenn das die Grenzen zwischen Partei und Nebenintervenienten überhaupt verwischen soll, so ist dem entgegenzuhalten, daß es auch Zeugen gibt, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar beteiligt sind. Dieser § 393 (358) C.P.O. statuiert also ebenfalls eine innere materielle Beziehung zu dem im Streit befangenen Anspruch. Durch Staub wird mithin die Tatsache nicht erklärt, daß jemand nicht als Zeuge vernommen werden darf, weil er Partei ist, daß derselbe aber trotzdem Nebenintervenient werden darf.

Das Reichsgericht hat denn auch eine andere Begründung. Es sagt, die Gesellschafter sind in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft nur insoweit Partei, als sie mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Auf dieser selben Auffassung beruht offenbar auch der im Urteil Bd. 34 S. 360 ff. ausgesprochene Satz: „Die Liquidatoren sind die gesetzlichen Vertreter der Gesellschafter.“ Dieser Satz hat zur Voraussetzung entweder, daß man eine gesetzliche Vertretung Prozeßfähiger zuläßt, oder daß man die Nichtliquidatoren — und dann natürlich auch die von der Vertretung Ausgeschlossenen einer nicht in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft als prozeßunfähig ansieht. Die erste Alternative muß unbedingt abgelehnt werden, da, wie außer vielen anderen Bunsen (Zeitschr. für deutsch. C.P. a. a. O.) ausführt, weder das materielle noch das prozessuale Recht eine gesetzliche Vertretung Geschäftsfähiger kennt und die Prozeßfähigkeit ein Ausfluß der Geschäftsfähigkeit ist. Es bleibt mithin als Voraussetzung der Ansicht des Reichsgerichts nur noch der Ausweg, die Nichtliquidatoren usw. als prozeßunfähig anzusehen. Diese Ansicht kann aber eben — mit Rücksicht auf § 52 I C.P.O. — nur auf dem Gedanken aufgebaut sein, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsprozeß nur bzgl. des Gesellschaftsvermögens Partei

sind, da sie sich nur insoweit nicht — wenigstens nicht allgemein - durch Verträge verpflichten könnten.

Hier mag gleich die wichtigste Folge aus der Theorie von der gesetzlichen Vertretung Platz finden. Die schon mehrfach zitierte Entscheidung Bd. 17 S. 365 ff. spricht sie aus mit dem Satze: „Sie (die Liquidatoren) allein haben Parteieide zu schwören, aber eben als gesetzliche Vertreter.“ Auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 14 S. 20, die sonst übrigens auf einem anderen Standpunkt als dem der Parteistellung der Gesellschafter zu stehen scheint, sagt: „Die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter sind in einem Rechtsstreit der Gesellschaft die gesetzlichen Vertreter derselben. Ein der Gesellschaft zugeschobener Eid ist mithin nach § 436 C.P.O. von allen Gesellschaftern zu leisten, welche zur Zeit der Eidesleistung von der Vertretung nicht ausgeschlossen sind.“

Aus dem an die Spitze gestellten Grundsatz, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsprozeß nur insoweit Partei seien, als sie mit dem Gesellschaftsvermögen hafteten, ist ferner die praktischste Folgerung für die Vollstreckungsinstanz zu ziehen. In der Tat ergibt sich schon aus dem Erkenntnis des Reichsgerichts Bd. 3 S. 57, und wird ferner als feststehende Ansicht ausgesprochen in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 13 S. 97, daß aus dem die Gesellschaft verurteilenden Erkenntnis unmittelbar eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter ausgeschlossen sei. Das war auch schon der Standpunkt des Reichsoberhandelsgerichts.

§ 12.

Gerade gegen diese beschränkte Vollstreckungswirkung richtet Wach seine Polemik. Man versucht, so führt er aus, die Forderung der Gesellschaftsgläubiger gegen die Sozietät zu einem Anspruch gegen den Gesellschaftsfonds zu steigern

und dementsprechend eine Klage auf Befriedigung aus ihm und nur aus ihm zu konstruieren. Eine solche Haftungsbeschränkung kennt das H.G.B. Art. 111 nicht. Es bleibt demnach nur der Ausweg, den Willen des Klägers als Quelle dieser Beschränkung anzusehen. Eine solche Beschränkung bestimmter Vollstreckungsobjekte ist, soweit sie nicht auf materiellrechtlicher beschränkter Haftung ruht, rechtlich unerheblich, ohne jede limitierende Wirkung für die res in indicium deducta. — Wachs positive Ansicht gipfelt in dem Ausspruch: „Sonach gibt das Urteil im Gesellschaftsprozeß ... als verurteilendes dem Sieger Vollstreckbarkeit gegen den Sozius in sein Privatvermögen.“ Hier stößt aber Wach auf eine Schwierigkeit, die er in äußerst bedenklicher Weise zu lösen sucht - bedenklich nämlich für die Richtigkeit seiner ganzen Theorie. Solange ein die offene Handelsgesellschaft verurteilendes Erkenntnis in das Privatvermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden soll, dessen Namen in der Firma enthalten ist, wäre eine direkte Vollstreckung noch denkbar. Wie aber, wenn der Name des Gesellschafters im Urteil nicht genannt ist? Denn § 671 C.P.O. (a. F.) verlangt „namentliche“ Bezeichnung als Voraussetzung des Beginnes der Zwangsvollstreckung. In diesem Falle, meint Wach, sei der Weg des § 665 C.P.O. (a. F.) einzuschlagen. Allein diese Analogie — denn nur um eine solche kann es sich handeln — ist durch nichts gerechtfertigt, auch nicht durch die seltsame Tatsache, daß ihr Stegemann (a. a. O. S. 367) beitritt. Die im § 665 C.P.O. genannten Personen mögen den Urteilsparteien nahe genug stehen, jedenfalls sind sie nicht die Parteien. Hier aber bilden nach Wach doch gerade die Gesellschafter, auch die nichtgenannten, die Prozeßpartei. Diese auffällige Erscheinung, daß dann ein rechtskräftiges Urteil gegen die unterliegende Partei nicht ohne weiteres vollstreckt werden könnte, ist, wie schon Sommer (bei Gruchot a. a. O.) richtig erkennt, ein civilpro-

zessuales Moment, das gegen die Auffassung von Wach spricht. Immerhin konnte dieses formelle Bedenken bei den Zugeständnissen, die auch die anderen Theorien auf diesem Gebiete forderten, bei den Lücken, die auch sie noch aufwiesen, nicht von durchschlagender Bedeutung sein.

Klärend wirken erst die neuen handelsrechtlichen Bestimmungen. Die Wachsche Auffassung jedenfalls hat das neue Handelsgesetzbuch verworfen, indem § 129 Abs. 4 H.G.B. besagt: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt.“ Nichtsdestoweniger wäre nichts falscher, als wenn man danach glauben wollte, das Gesetz habe sich jetzt die Anschauung des Reichsgerichts zu eigen gemacht; denn, wie sich zeigen wird, leidet diese Konstruktion an schweren und unvereinbaren Widersprüchen. — Wie schon oben hervorgehoben, ist das Reichsgericht der Ansicht, daß die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter bezw. die Liquidatoren gesetzliche Vertreter der übrigen Gesellschafter seien. Es muß hier zunächst festgestellt werden, daß es sich bei diesen Fällen um materiellrechtliche gesetzliche Vertretung jedenfalls nicht handelt. Die §§ 125, 146, 149 setzen die prinzipielle Art der Vertretung der offenen Handelsgesellschaft fest, sowie die möglichen Modifikationen und den Umfang der Vertretungsmacht, lassen aber überall Raum für abweichende Bestimmungen der Satzung und ähneln in dieser Beziehung den §§ 709, 710, 714, 715 B.G.B. Jedenfalls ist daraus kein Wesensunterschied für die Art der Gesetzesvorschriften von Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch herzuleiten, daß sie z. T. ihrem Inhalt nach insofern voneinander abweichen, als grundsätzlich die bürgerliche Gesellschaft nur von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten wird, während zur Vertretung der offenen Handelsgesellschaft prinzipiell jeder Gesellschafter ermächtigt ist. – Es besteht daher gerade

auf der sonstigen Basis des Reichsgerichts kein Grund, die Vertretungsmacht der zur Vertretung, also auch zur Prozeßführung ermächtigten Gesellschafter oder der Liquidatoren als eine gesetzliche im Sinne der Civilprozeßordnung anzusehen. Vielmehr läßt sich, wenn man in den Prozessen einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter als Partei betrachtet, ebenfalls eine Parallele mit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ziehen, bei welch letzterer der Vorstand im Prozeß als — event. durch den Gesellschaftsvertrag — bevollmächtigt gilt. Wenigstens kann man das ohne Zwang annehmen, neuerdings wird es auch vom Reichsgericht (Bd. 57 S. 90 ff.) ausgesprochen. Außer Wach meint auch Bunsen (a. a. O.), der im übrigen auf einem dem Wachschen Standpunkt entgegengesetzten steht, daß die Vertretungsbefugnis bei der offenen Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach nicht gesetzliche Vertretung sei.

Was weiter, um Schritt vor Schritt vorwärts zu gehen, die Theorie von der Prozeßunfähigkeit der von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter betrifft, so ist auch sie unhaltbar. Ohne Zweifel sind auch diese Gesellschafter Personen, und ebenso sicher können sie sich (etwas anderes verlangt § 52 C.P.O. nicht) durch Verträge verpflichten, auch hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens, insofern sie nämlich mit ihrem Anteil daran haften. Daß sie nicht die übrigen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft durch einen von ihnen abgeschlossenen Vertrag verpflichten können, ist kein Mangel ihrer Handlungsfähigkeit — welche die Grundlage der Prozeßfähigkeit bildet — sondern ein Mangel ihrer Dispositionsmacht. Beides muß scharf getrennt werden. Der Unterschied liegt nicht sowohl darin, daß sich die Dispositionsunfähigkeit nur auf ein bestimmtes Gebiet, die Handlungsunfähigkeit auf alle Rechtsgebiete beziehe — § 113 B.G.B. z. B. stünde dem entgegen — sondern vielmehr darin, daß der Geschäftsunfähigkeit stets ein in der Person des Geschäftsunfähigen selbst liegendes

Hindernis zugrunde liegen muß. — Wenn also die Gesellschafter in dem Rechtsstreit mit einer offenen Handelsgesellschaft Partei sind, dann sind sie auch prozeßfähig — mögen sie nun hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens allein belangt sein oder nicht — und bedürfen weder einer gesetzlichen Vertretung noch haben sie eine solche. Es ist dann also Wach recht zu geben, der sowohl in seinem Handbuch (a. a. O.) wie auch noch speziell in einer Einzelabhandlung[40]) eindringlich dafür eintritt, daß allen Gesellschaftern der Eid zugeschoben und auferlegt werden muß, zumal, abgesehen von der Frage der Prozeßfähigkeit der Gesellschafter, die Eidesleistung kein rechtsgeschäftlicher Dispositionsakt, sondern nichts als eine Beweisaufnahme sei. Will man aber nur die geschäftsführenden Gesellschafter bezw. die Liquidatoren zum Parteieide zulassen, welche Meinung überwiegend in Praxis und Literatur vertreten wird, u. a. auch, freilich ohne nähere Angabe von Argumenten, von Staub, so muß das offenbar auf andern Gründen beruhen als den vom Reichsgericht vorgetragenen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 35 S. 389, Bd. 46 S. 39 und Bd. 49 S. 426 gehen von dem überhaupt „in der Rechtsprechung des Reichsgerichts fortdauernd angenommenen" Obersatze aus, daß in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung unter der Gesellschaftsfirma die Prozeßpartei bilden. Es wird aber dann weiter in allen drei Urteilen unbedenklich behauptet und ausgeführt, daß die liquidationslose Auflösung der offenen Handelsgesellschaft während des Prozesses auf die Parteirolle keinen Einfluß habe, daß dann vielmehr ohne weiteres die Gesellschafter als einfache Streitgenossen der anderen Partei gegenüberträten. Ist das aber richtig, dann fällt eben jeder Unter-

---

[40]) Zeitschr. f. deutsch. C.P. Bd. 9: Wach, Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft.

schied zwischen der Parteistellung der Gesellschafter, wenn sie bloß als Privatpersonen, als einfache Streitgenossen, auftreten, und ihrer Parteistellung, wenn sie in ihrer Gesamtheit oder mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen auftreten. Mithin wäre dann natürlich auch die reichsgerichtliche Theorie nicht geeignet, den eigenartigen mit einer gewöhnlichen streitgenössischen Stellung der Gesellschafter gar nicht zu vereinbarenden § 129, 4 H.G.B. zu erklären.

Einer, wenn auch immerhin modifizierten, Parteistellung der einzelnen Gesellschafter widerspricht es andererseits, daß das schon zitierte Erkenntnis R.G.E. Bd. 49 S. 426 ausspricht, beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverbande während des Prozesses erlösche auch die Parteistellung der Ausscheidenden, er stehe den Prozeßparteien als Dritter gegenüber. — Überhaupt macht den Vertretern der Ansicht, daß in Gesellschaftsprozessen die Gesellschafter Partei sind, die prozessuale Formulierung des bei bestehender Gesellschaft möglichen Wechsels der Gesellschafter viel Schwierigkeit. So ist auch in dem sonst vortrefflich geschlossenen System von Wach dies — und zwar die andere Seite der Sache — der wunde Punkt. Eccius (a. a. O.) weist auf die Unmotiviertheit der Wachschen Annahme hin, daß der neu eintretende Gesellschafter ipso iure ohne äußerlich erkennbaren prozessualen Akt Partei werde; die Haftungsübernahme allein könne den neuen Gesellschafter unmöglich zur Prozeßpartei machen.

Die vom Reichsgericht aufgestellte Theorie, daß in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter Partei seien, aber nur in ihrer Zusammenfassung zur Gesellschaft und nur bezüglich des Gesellschaftsvermögens, führt also, wie gezeigt, in ihrer Anwendung einmal zu Widersprüchen mit allgemein gültigen und anerkannten Rechtsgrundsätzen (wie bezüglich der gesetzlichen Ver-

tretung) oder sie führt zu inneren Widersprüchen mit sich selbst (wie bezüglich des fortgesetzten Prozesses). Man kann daher nicht annehmen, daß das neue Handelsgesetzbuch mit dem § 129, 4 das reichsgerichtliche Prinzip, das zu den oben erörterten Folgerungen führt, habe akzeptieren wollen. — Ist man aber etwa der Ansicht, daß das Reichsgericht in diesen Fällen nur falsche Konsequenzen aus dem richtigen Grundgedanken gezogen habe, so kommt man ohne Zweifel im einzelnen wieder auf den Wachschen Standpunkt, nämlich daß alle Gesellschafter die Parteieide leisten müßten, daß der während des Prozesses ausscheidende Gesellschafter Partei bleibe usw. Das ist aber wohl ausgeschlossen, daß das Gesetz einige der praktischen Folgerungen Wachs gebilligt haben könnte, den letzten Schluß aber, mit dem er sozusagen das Gebäude seiner Deduktionen krönt, mit dem § 129, 4 H.G.B. abgelehnt habe. Es wäre dann statt Klarheit eine jeden Prinzipes entbehrende Rechtsunsicherheit geschaffen worden. Wäre es doch eine ganz grundlose Inkonsequenz, die Gesellschafter während des eigentlichen Gesellschaftsprozesses, des Rechtsstreites bis zum vollstreckbaren Urteil, als gewöhnliche Streitgenossen und vollgültige Partei zu behandeln und dann plötzlich die Vollstreckungswirkung des so erlangten Urteiles zu beschränken. Setzt man sich jedoch darüber hinweg, so ist dann doch ein Hindernis vorhanden, das nicht zu beseitigen ist. Denn, wenn die Gesellschafter in dem Gesellschaftsprozesse nur bezüglich des Gesellschaftsvermögens belangt, also nur insoweit Partei sein sollen, so muß man darin ein minus sehen gegenüber ihrer Parteistellung in einem Rechtsstreit, in dem sie alle als gewöhnliche Streitgenossen in Anspruch genommen werden. Denn zu der Summe der in einem solchen Rechtsstreit in Frage kommenden Befriedigungsobjekte gehört zweifellos auch das gesamte Gesellschaftsvermögen — da, wie oben gezeigt, die offene Handels-

gesellschaft eben kein Rechtssubjekt ist — und daß § 135 H.G.B. einer direkten Vollstreckung eines solchen Urteils in das Gesellschaftsvermögen nicht entgegenstände, zeigt das Verhältnis von § 725 B.G.B. zu § 736 C.P.O. Und da besagt nun die neue Vorschrift des § 124 Abs. 2 H.G.B.: „Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich.“ Mit der Vorschrift dieses Paragraphen in Verbindung mit der des § 129 Abs. 4 H.G.B. ist die völlige Scheidung der Prozeßsubjekte „offene Handelsgesellschaft“ und „Summe aller einzelnen Gesellschafter“ vorgenommen, die ganz gleichwertig nebeneinander stehen.

Mit der in den Urteilen Bd. 35 S. 389, Bd. 46 S. 39 und Bd. 49 S. 426 aufgestellten Definition, in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft seien „die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung unter der Gesellschaftsfirma“ die Prozeßpartei, will, wie schon oben erwähnt, das Reichsgericht ausgesprochenermaßen genau dasselbe sagen wie mit seiner früheren Erklärung, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsprozeß nur bzgl. des Gesellschaftsvermögens belangt, also nur soweit Partei seien. Es steht natürlich trotzdem frei — ganz abgesehen von den Schlußfolgerungen des Reichsgerichts —, jene neuere Definition in einem weiteren und freieren Sinne auszulegen, so daß man dann einmal aus der Geschlossenheit der Gesellschafter immerhin den § 124 II H.G.B. erklären könnte, und ferner — wegen des vermiedenen Hinweises auf das „Belangtwerden“ bzgl. des Gesellschaftsvermögens — diesen Begriff auch auf die Aktivprozesse der offenen Handelsgesellschaft zur Anwendung bringen könnte. Man darf aber sich der Einsicht nicht verschließen, daß, je weniger dieser letzte Punkt betont wird, jener ganze Parteibegriff in seiner abstrakten und dennoch nicht rechtstechnischen Ausdrucksweise umso unklarer wird, und je mehr Gewicht auf die Gesamtheit

der Gesellschafter als Partei gelegt wird, man immer mehr dazu kommt, von den einzelnen Personen ganz abzusehen. Dann aber ist die „Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft“ nur noch eine Frage der Namengebung.

§ 13.

Jedenfalls kann man nach alledem mit Sicherheit annehmen, daß das Gesetz in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft nicht den einzelnen Gesellschaftern die Parteirolle zugedacht hat. Und es hat mit seinen neuen Bestimmungen, die das Prozeßrecht berühren, nicht eine ganz singuläre und willkürliche Ausnahme von der regelmäßigen Konsequenz aus dieser unterstellten Parteieigenschaft aufgestellt. Vielmehr hat das neue Handelsgesetzbuch tatsächlich mit den §§ 124 II, 129 IV H.G.B. nur den praktisch wichtigsten Ausfluß aus einer grundsätzlichen Idee zum Ausdruck gebracht. Damit ist aber dem Prinzip in vollem Umfange Geltung verschafft. Auch diese Ansicht hat übrigens Vertreter gehabt, sie braucht keineswegs ad hoc konstruiert zu werden. Es bleibt in der Tat als durchführbar nur noch die Auffassung übrig, daß in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft Partei sei, obgleich sie nicht Rechtssubjekt ist.

Schon vor der Novelle zur Civilprozeßordnung und dem neuen Handelsgesetzbuch macht Sommer (bei Gruchot Bd. 30 S. 358 l. c.) zur Grundlage seiner Abhandlung den Satz, daß die offene Handelsgesellschaft, auch wenn man sie als Sozietät auffasse, jedenfalls prozessual ein Personenverein sei, welcher als solcher parteifähig aber nicht prozeßfähig sei. Dort findet sich auch eine ziemlich eingehende Zusammenstellung der noch älteren Literatur, in der besonders Behrend dieselbe Ansicht wie Sommer vertritt. Sommer erwägt im ersten Teil

seines Aufsatzes alle Möglichkeiten eines Mitgliederwechsels. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die prozessuale Konsequenz des Art. 113 H.G.B. folgende sei: Wird eine offene Handelsgesellschaft „X und Y“ verklagt, und es tritt während des Prozesses Z in die Gesellschaft ein, so verurteilt das gegen die offene Handelsgesellschaft ergehende Urteil eine aus X, Y, Z bestehende Gesellschaft, und so bleibt auch die Wirkung des Urteils dieselbe, wenn nach dem Zutritt des Z der Austritt des X erfolgt. — Diese Ergebnisse führen ihn im zweiten Teil, der über die Vollstreckung handelt, zu dem Schluß, daß ein gegen X und Co. ergangenes Urteil nur in das Vermögen vollstreckbar sei, das den Gesellschaftern als solchen zustehe, nicht in ihr Privatvermögen. — Trotz dieses richtigen Schlusses und trotz des an die Spitze gestellten Prinzips kann es doch noch zweifelhaft erscheinen, ob Sommer die wirkliche und volle Parteifähigkeit vertritt, oder ob er trotz alledem zu der alten Reichsgerichtsansicht neigt. Zweifelhaft kann das erscheinen wegen der von ihm über Art. 111 H.G.B. gegebenen undeutlichen Erklärung, in der er materielle und prozessuale Begriffe durcheinander bringt. Es heißt da: „Durch den Gebrauch der Firma werden die Gesellschafter in bezug auf ihre Vereinigung zur offenen Handelsgesellschaft berechtigt und verpflichtet, sind nur in diesem Bezug Kläger und Beklagte.“ Es ist schon hervorgehoben worden, daß eine solche Definition nicht Farbe bekennt. In ihr werden die Gesellschafter zueinander in eine innere Beziehung gebracht. Es ist aber ein allgemein anerkannter — und durch die öffentliche Natur des Prozeßrechtsverhältnisses bedingter — Satz, daß in einem Rechtsstreit nur äußerlich erkennbare Erscheinungen berücksichtigt werden können. — Die Alternative ist folgende: Entweder sind die einzelnen Personen der Gesellschafter Partei, oder die Allgemeinheit ist belangt, und es kommen die Personen als Prozeßsubjekte nicht in Betracht. Je nachdem also Sommer das letztere

sagen will oder nicht, ist seine Ansicht zu billigen oder abzuweisen.

Weniger geben die Auslassungen in dem alten Kommentar zur Civilprozeßordnung von Wilmowski u. Lewy (zu § 58 S. 119) für Unklarheiten Raum. Es wird dort nämlich, allerdings „mit dem Reichsgericht“ in der offenen Handelsgesellschaft nur die Vereinigung der Gesellschafter zu dem Gesellschaftszwecke gesehen, und es werden die Gesellschafter als die Subjekte des Rechtsanspruchs angesehen, andrerseits heißt es aber da auch: „Wird für oder gegen eine offene Handelsgesellschaft geklagt, so ist diese als ein Prozeßsubjekt hinsichtlich des Vermögens der Gesellschaft Partei . . . die vertretungsberechtigten Mitglieder sind Vertreter der Partei, nicht Streitgenossen untereinander.“ Danach scheint es doch, als ob dieser Kommentar nur hinsichtlich des materiellen Rechts die offene Handelsgesellschaft nicht als selbständiges Rechtsgebilde ansieht, bzgl. ihrer prozessualen Stellung aber von der reichsgerichtlichen Auffassung im Kardinalpunkte abweicht. — Es ist übrigens bezeichnend, daß das Reichsgericht selbst an der von ihm in der überwiegenden Mehrzahl von Fällen vertretenen Theorie nicht ausnahmslos festgehalten hat. Entgegen den schon zitierten, sowie auch weiter den in den Bdn. 3 S. 57 und 5 S. 55 enthaltenen Entscheidungen, führt das Urteil Bd. 14 S. 20 aus, daß das Gesetz mit der Vorschrift, die offene Handelsgesellschaft könne vor Gericht klagen und verklagt werden, derselben die Parteifähigkeit beigelegt habe. Und die Entscheidung Bd. 45 S. 340 spricht es am Ende aus, daß es unbedenklich sei, die Handelsgesellschaft in Liquidation als prozeßunfähige Partei zu erachten, nachdem sie vorher in markanter Weise diejenigen reichsgerichtlichen Präjudizien zusammengestellt hat, die in den einzelnen Ergebnissen dem Obersatz widersprechen, daß in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter die wahre Partei seien.

Es steht weiter sehr entschieden auf dem Standpunkt der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft — außer Fitting,[41]) welcher seine Stellungnahme nicht begründet — auch Bunsen in der schon mehrfach genannten Abhandlung „Die Parteien im Civilprozeß“ a. a. O. Er folgert diese aus der ganzen Struktur der Handelsgesellschaft, die, ohne eine juristische Person darzustellen, mehr kollektive Einheit als geeinte Vielheit sei. In prozessualer Hinsicht führt er noch an, daß außer den — physischen und juristischen — Personen nach positivem Recht gewisse Gesamtheiten von Personen parteifähig seien, so besonders einige Behörden, abgesehen von den eingehend besprochenen passiv parteifähigen Vereinen. — Mit dem Hinweis auf das positive Recht könnte Bunsen für die offene Handelsgesellschaft wohl nur § 124, 1 H.G.B. meinen. Ferner legt auch er, ebenso wie Sommer, Gewicht darauf, daß bei bestehender Gesellschaft ein Mitgliederwechsel vorkommen kann. Es hindere also nichts, daß dies auch während eines für oder gegen die offene Handelsgesellschaft anhängigen Prozesses sich ereigne. Dadurch werde der Rechtsstreit natürlich nicht berührt, man sehe aber daraus, daß die einzelnen Gesellschafter nur die — in ihrer Individualität unwesentlichen — Parteirollenträger seien. — In der Tat ist bei diesem Punkt, wie oben schon mehrfach Erwähnung gefunden hat, richtig, daß das Ausscheiden von Subjekten aus schon bestehenden Rechtsverhältnissen, sowie das Eintreten neuer Subjekte in solche, im materiellen Recht dann ohne Bedenken als vollwirksam gegen Dritte zulässig ist, wenn Rechte Dritter dadurch nicht verletzt oder gefährdet werden. Anders liegt das aber im Prozeß, wo die Inanspruchnahme wie die Entlassung aus dem Rechtsstreit, kurz die Feststellung der Parteirollen, durch öffentlichrechtliche Akte erfolgen muß. Denn, wie schon vielfach

[41]) Fitting, Der Reichscivilprozeß S. 76.

in der neueren Prozeßliteratur ausgeführt, ist der Civilprozeß ein Rechtsverhältnis mit drei Beteiligten, einmal allerdings zwischen den Parteien, dann aber zwischen diesen einerseits und dem Staat andererseits.

Soweit also diese ganze genannte Literatur und Praxis auf den prozessualen Folgen fußt, die aus dem gesetzlich möglichen Mitgliederwechsel bei bestehender Gesellschaft entstehen, sind ihre Ausführungen zutreffend. Dagegen sind sie, soweit auch sie sich allein und ausschließlich auf Art. 111 H.G.B. stützen, ohne überzeugende Wirkung.

§ 14.

In den veröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich, soweit sich das übersehen läßt, nur eine, die bei Besprechung der Prozeßstellung der offenen Handelsgesellschaft die neu hinzugekommenen Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs ausdrücklich berücksichtigt, nämlich die in Bd. 49 S. 343. Aber auch hier wird im wesentlichen die Wachsche Auffassung von der formellen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft vorgetragen, nach welcher eben nur der äußere Gebrauch der Firma übrig bleibt; es mag dahingestellt bleiben, ob hier das Reichsgericht im ganzen mehr dem Standpunkt von Wach oder dem speziell reichsgerichtlichen, wie er vorher erörtert ist, zuneigt. Es genügt, daß jedenfalls die Theorie von der prozessualen Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft abgelehnt wird mit dem Satz: . . . . „wenn eine offene Handelsgesellschaft klagt oder verklagt wird, sind Prozeßpartei auf der klagenden oder verklagten Seite nur die Gesellschafter.“ Im weiteren wird zwar einwurfsweise auf § 129, 4 H.G.B. hingewiesen, doch wird die Meinung vertreten, daß durch ihn keineswegs die ganze Prozeßstellung der offenen Handelsgesellschaft geändert bezw. geregelt sei.

Es ist immerhin beachtenswert, daß in der Dissertation von Ernst Decke,[42]) welche freilich die hier ventilierte Frage nur gelegentlich streift, der herrschenden Meinung darin beigepflichtet wird, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei, im übrigen aber sie als Partei angesehen wird. Und zwar sei ihr diese volle Parteifähigkeit durch § 124 H.G.B. beigelegt worden, wie sie als teilweise dem nichtrechtsfähigen Vereine durch § 50 C.P.O. gegeben sei. — Daß dabei weder auf § 129 IV H.G.B. noch § 124 II H.G.B. eingegangen wird — denn mit dem zitierten § 124 ist offenbar nur der erste Absatz desselben gemeint —, ist aus dem Grunde nicht auffällig, weil eben die ganze Bemerkung nur beiläufig geschieht.

Anders der Civilprozeß-Kommentar von Gaupp-Stein S. 133 ff. Er berücksichtigt ausdrücklich § 124 II und § 129 H.G.B. und zieht aus ihnen den Schluß, daß „mindestens also für das Gebiet des Prozeßrechts die offene Handelsgesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt ist, und die einzelnen Gesellschafter im Prozeß gesetzliche Vertreter der Gesellschaft sind". Es scheint aber doch, als ob diese nur prozeßrechtliche Selbständigkeit eben bloß als das Mindeste und als Eventualansicht aufgestellt wird, während in erster Linie behauptet wird, daß die offene Handelsgesellschaft in jeder Beziehung, also auch materiellrechtlich, Rechtspersönlichkeit besitze. Es wird nämlich ausgeführt, daß bei der offenen Handelsgesellschaft die Verleihung der Parteifähigkeit mit derjenigen der Rechtsfähigkeit Hand in Hand gehe, daß der Ausdruck „juristische Person" zwar nicht gebraucht, aber der wesentliche Inhalt dieses Begriffes „mit klaren Worten" hierher übertragen sei. Ja es wird sogar — auch das ist schon oben bei der allgemeinen Erörterung des Parteibegriffes besprochen —

[42]) Breslau 1903. Der Einfluß des Wechsels der Parteien oder der Parteivertreter auf den Gang des Rechtsstreits.

die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft und anderer Rechtsgebilde geradezu in Gegensatz gebracht zu der Parteifähigkeit auf Grund des § 50 II C.P.O. — Daß das nicht zutrifft, ist schon früher hier darzulegen versucht worden. Endlich verwendet auch Schott (a. a. O. S. 74) den § 129 H.G.B. als Begründung für die Theorie, daß die offene Handelsgesellschaft parteifähig sei.[43])

Wie Decke die Theorie von der Parteifähigkeit allein auf § 50 II C.P.O. stützt — abgesehen von dem unzutreffenden Hinweis auf § 124 I H.G.B. — und §§ 124 II und 129 IV H.G.B. übersieht, so verwenden Gaupp-Stein und Schott nur diese letzteren Vorschriften, ja der Kommentar von Gaupp-Stein lehnt eine Analogie mit § 50 II C.P.O. direkt ab. Ausreichende Gründe für ein befriedigendes Ergebnis erhält man aber nur, wenn man sowohl die neue allgemeine Bestimmung der Civilprozeßordnung, wie auch die neuen speziellen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs verwendet. Hier mag übrigens beiläufig noch eine für die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft sprechende spezielle Erscheinung erwähnt werden. Anders nämlich als durch diese Annahme der Parteifähigkeit ist gar nicht das Problem der Prozesse von Gesellschaftern gegen die offene Handelsgesellschaft, und umgekehrt, zu lösen. Denn andernfalls wären ja die Gesellschafter auf beiden Seiten Partei. Vorausgesetzt ist allerdings dabei, daß man nicht meint, das neue Handelsgesetzbuch begreife in den §§ 109, 110, 111, 113 unter der Bezeichnung „Gesellschaft" etwa bloß die übrigen Gesellschafter, sondern daß man sich in dieser Beziehung Staub (Kommentar S. 357), und dem Reichsgericht (R.G.E. Bd. 31 S. 141) anschließt. Die damit konstruierte Stellung

[43]) „Wären sie — die Gesellschafter — Partei, so müßte das — (Vollstreckung aus dem Gesellschaftsurteil in das Privatvermögen) — zulässig sein, denn sie haften ja für die Schulden der Gesellschaft auch mit ihrem Privatvermögen."

eines Gesellschafters auf beiden Seiten eines Rechtsverhältnisses wäre materiell noch aus der eigenartigen Bindung durch den Gesellschaftsvertrag erklärlich, nicht aber prozessual, wo naturgemäß die innere, sozusagen gesamthandliche Beziehung unter den Streitgenossen nicht zum Ausdruck kommen könnte. Jedenfalls nicht in den hier ausschlaggebenden rein prozessualen Erscheinungen z. B. der Zeugenfähigkeit und der Verpflichtung zum Parteieide. Daß andrerseits die auf dem Gesellschaftsvertrage beruhende - gewillkürte — Vertretungsbefugnis auch für den Prozeß wirkt, ist mit § 61 C.P.O. sehr wohl vereinbar.

Es bleibt hier noch kurz das Bedenken zu zerstreuen, daß, streng genommen, aus den §§ 124 II, 129 IV H.G.B. bloß die passive Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft zu folgern sei. Allein diese genannten Spezialvorschriften stehen eben nicht allein. Hier ist es am Platze, auf den letzten Teil des ersten Absatzes von § 124 H.G.B. zurückzugreifen („vor Gericht klagen und verklagt werden"). Gesondert betrachtet löst diese Vorschrift, wie schon oben ausgeführt, die alten Zweifel keineswegs, ja scheint zu einer Analogie zu zwingen mit den voraufgehenden Satzteilen. Wenn man aber erst aus anderen Gesetzesstellen das „Verklagtwerden" so auffaßt, wie es hier geschehen ist, dann kann man diesen Schlußsatz unmöglich zerreißen, dann muß der offenen Handelsgesellschaft auch die aktive Parteifähigkeit zukommen. Es spricht auch manches andere dafür. Einmal ist materiell die aktive Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens unbestreitbar sogar größer als die passive. Sodann äußert sich aber die erhöhte Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft etwa dem nichtrechtsfähigen Vereine gegenüber in folgendem: Zur Vollstreckung in das Vereinsvermögen genügt ein gegen den Verein ergangenes Urteil (§ 735 C.P.O.) d. h. das Vereinsvermögen kann auch auf Grund eines gegen alle Vereinsmitglieder ergangenen Urteils direkt angegriffen werden, während

§ 124 II H.G.B. zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel für erforderlich erklärt. Da also die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft intensiv erhöht ist, so hindert nichts, sie auch extensiv auf die Aktivprozesse auszudehnen. — Daß übrigens das Gesellschaftsvermögen, trotzdem es nicht juristische Person ist, sondern, freilich in gebundener Form, den Gesellschaftern gehört, doch durch prozessuale Inanspruchnahme der einzelnen Gesellschafter nicht direkt angegriffen werden kann, darin liegt durchaus kein Widerspruch zu dem materiellrechtlichen Verhältnis. Denn die Zwangsvollstreckung ist eben ein auf formal-prozessualen Grundlagen beruhender Akt.

Die ganze bisher vertretene und verteidigte Ansicht läßt sich im wesentlichen in folgenden Sätzen zusammenfassen:

1. Die ergänzenden Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs haben die Meinung Wachs in vollem Umfang abgelehnt;

2. sie haben aber damit keineswegs die Auffassung des Reichsgerichts angenommen;

3. vielmehr ist es jetzt die auf § 50 II C.P.O. im allgemeinen und auf die §§ 124 II, 129 IV H.G.B. im besondern zu stützende Auffassung des Gesetzes, daß die offene Handelsgesellschaft Selbständigkeit im Prozeß, also Parteifähigkeit besitzt.

Den eben ausgesprochenen Sätzen läßt sich noch ein wichtiger Einwand entgegenhalten. Der Einwand nämlich, daß mit ihnen die ebenfalls neue Bestimmung des § 129 Abs. 1 H.G.B. im Widerspruch stehe, weil darin dem im Gesellschaftsprozeß ergangenen Urteil und überhaupt dem ganzen Gesellschaftsprozeß eine gewisse Wirkung auch gegenüber dem einzelnen Gesellschafter beigelegt wird.

Zunächst soll zugegeben werden — was an sich nach dem Wortlaut des Gesetzes immerhin zweifelhaft sein könnte —, daß der Abs. 1 des § 129 H.G.B. nicht bloß sagen will: „Dem Gesellschafter wird bzgl. aller ihm von vornherein zustehenden nichtpersönlichen Einwendungen durch den Stand des Gesellschaftsprozesses präjudiziert", sondern auch weitergehend: „Die der Gesellschaft noch zustehenden Einreden stehen auch dem einzelnen Gesellschafter noch zu." Es wird das wenigstens allgemein so angenommen (vgl. z. B. Litthauer, Komm. zum H.G.B. S. 150).

Es könnte also aus dieser Vorschrift gefolgert werden, daß das neue Handelsgesetzbuch mit seinen ergänzenden Bestimmungen wirklich bloß Kasuistik liefere, oder ferner sogar, daß doch Gesellschaftsprozeß und Gesellschafterprozeß identisch seien. Ganz abgesehen von den früher dagegen schon vorgebrachten Argumenten, ist hier speziell folgendes zu entgegnen: Ein Urteil hat direkte und indirekte Vollstreckungswirkung. Die erstere unter den Parteien, die zweite gemäß §§ 325, 727 C.P.O. gegen die, welche die Rechtspersönlichkeit der Parteien fortsetzen. Diese zweite deckt sich mit der gemäß § 325 C.P.O. über die Parteien hinausgreifenden Rechtskraftwirkung, womit natürlich nicht etwa gesagt ist, daß sie immer bei der weiteren Rechtskraftwirkung auftritt.

In der Formalität und Präzisität ihres Wesens korrespondieren Parteibegriff und direkte Vollstreckung. Nicht die Rechtskraftwirkung, die überwiegend materielle Bedeutung hat, ist das Parteikriterium, sondern die Vollstreckungswirkung, und zwar die direkte. Die §§ 129 IV, 124 II H.G.B. lassen aber nicht einmal die mittelbare Vollstreckungswirkung von Gesellschaftsurteil gegen die Gesellschafter, und umgekehrt, zu.

Abgesehen von § 325 C.P.O. finden sich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Fälle, in denen ein rechtskräftiges

Urteil für und gegen andere wirkt als bloß unter den Parteien, z. B. § 407 Abs. 2 B.G.B. „Alle diese Ausnahmen beruhen", wie Planck, Komm. zum B.G.B. Bd. 1 S. 43 sagt, „auf der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses, auf das sie sich beziehen." — Vor allem aber seien zum Vergleich und zur Erkenntnis dessen, was § 129 H.G.B. gewollt hat, §§ 768 ff. B.G.B. über das Rechtsverhältnis der Bürgschaft herangezogen. Der erste Satz des § 768 lautet: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen." Man sieht, daß von dem entgegengesetzten Standpunkt ausgegangen wird als bei § 129 Abs. 1 H.G.B.; während hier nach dem bloßen Wortlaut zunächst nur die Einreden des Gesellschafters beschränkt werden, werden sie dort mit Rücksicht auf den Bürgen erweitert. Nun nimmt man ja, wie schon gesagt, an, daß § 129 I H.G.B. außerdem auch eine Vermehrung der Einreden geben wolle; es kann aber das Umgekehrte für den Bürgen offenbar nicht angenommen werden, weil nach der Natur des Bürgschaftsverhältnisses § 768 B.G.B. nur den Schutz des Bürgen bezweckt. Trotzdem ist unverkennbar, daß Satz 1 des § 768 B.G.B. dem Abs. 1 des § 129 H.G.B. ähnelt, wenn er auch sozusagen schwächer ist. Daß in der Tat unter § 768 I B.G.B. u. a. auch die Geltendmachung eines für den Hauptschuldner günstigen rechtskräftigen Urteils fällt, wird auch von Planck (Komm. zum B.G.B. Bd. 2 S. 513) ausdrücklich anerkannt. Also auch in diesem Falle wirkt die Rechtskraft nicht bloß unter den Parteien. — Da ja materiell kein Subjekt „offene Handelsgesellschaft" existiert, so ist natürlich eine vollkommene Analogie zwischen der Stellung des Bürgen zum Hauptschuldner und derjenigen des Gesellschafters zur offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen. Daß diese Rechtsverhältnisse dennoch auch der Tendenz nach einander ähneln, geht aus dem Vergleich des § 770 B.G.B. mit den Abschn. 2 und 3 des § 129 H.G.B. aufs deutlichste hervor. Diese Gesetzes-

stellen enthalten wörtlich dieselben Bestimmungen, so zwar, daß „Bürge“ dem „Gesellschafter“ und „Hauptschuldner“ der „Gesellschaft“ entspricht. Die Abschn. 1—3 des § 129 H.G.B. haben demnach nur die Bedeutung, materielle Beziehungen festzustellen, und zwingen umso weniger zu einer Gleichung zwischen Gesellschaftsprozeß und Gesellschafterprozeß, als sie sich auch bei dem viel weniger innigen Verhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner finden.

Wenn aber die Wirkung eines im Gesellschaftsprozeß ergangenen rechtskräftigen Urteils für und gegen die einzelnen Gesellschafter nichts für die prozessuale Identität von offener Handelsgesellschaft und Gesellschaftern beweist, so ist genau dasselbe von der Rechtshängigkeit zu sagen. Es ist also unrichtig, wenn in der schon besprochenen Entscheidung (R.G.E. Bd. 49 S. 343) aus dieser Tatsache das Reichsgericht den Schluß zieht, daß der einzelne Gesellschafter sowohl im Gesellschaftsprozeß wie im Gesellschafterprozeß Partei sei. Im Verlauf seiner Erörterungen wird dieses Urteil selbst zweifelhaft und läßt es dahingestellt, ob eine gegen die offene Handelsgesellschaft erhobene Klage im Laufe des Prozesses auch gegen die einzelnen Gesellschafter gerichtet werden könne.

Der § 129 I H.G.B. statuiert — und das ist auch von Vertretern anderer Theorien anerkannt — einen Fall der actio iudicati; eine andere Art der Verwendung eines die offene Handelsgesellschaft verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnisses gegen die Gesellschafter gibt es nicht.

§ 15.

Im Gegensatz zum römischen Recht wird jetzt in der modernen Wissenschaft und auch in der Gesetzgebung anerkannt, daß ein tiefgehender Unterschied zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Begriffen zum mindesten bestehen kann. Seine Grundlage findet er darin,

daß man beim positiven Recht stets von dem in die Erscheinung Tretenden abstrahieren, auf das zugrunde Liegende, auf den Willen usw., zurückgehen kann und soll. Im Prozeß dagegen ist das ausgeschlossen; die augenfällige Erscheinng, der Schein selbst, die Form, ist hier alles und muß alles sein, da der Staat beteiligt ist, und also nur öffentliche Akte Wirkung haben können. So wenig man daher z. B. bei einem nur fingierten Rechtsstreit von einem nichtigen Urteile reden kann (vgl. Kohler[44]) und Sintenis[45])), indem man auf den zugrunde liegenden materiellen Sachverhalt einginge, so wenig wäre es ersprießlich und konsequent, bei dem prozessualen Auftreten einer offenen Handelsgesellschaft auf das komplizierte materielle Rechtsgebilde derselben zurückzugreifen, wo doch das Gesetz selbst einige deutliche Anhaltspunkte für ein einfaches formales Prozeßgebilde gegeben hat.

Die offene Handelsgesellschaft ist demgemäß im Prozeß in allen Stücken wie eine juristische Person zu behandeln. Die wichtigsten Konsequenzen dürften demnach sein, daß alle von der Vertretungsbefugnis nicht ausgeschlossenen Gesellschafter, bezw. die Liquidatoren, wie gesetzliche Vertreter zu behandeln sind,[46]) also auch die Parteieide zu leisten haben, daß aber die ausgeschlossenen Gesellschafter, bezw. die Nichtliquidatoren, als Zeugen vernommen werden können.

Die grundsätzlichen Erwägungen sowohl wie das gefundene Resultat finden ebenso wie auf die offene Handelsgesellschaft auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung;[47]) auch diese ist fähig, Prozeßpartei zu sein. Das ergibt sich aus dem letzten Abschnitt des § 161 H.G.B.,

[44]) Kohler, Arch. für d. civ. Prax. Bd. 80 S. 179.

[45]) Sintenis, Zeitschr. f. deutsch. C.P. Bd. 30 S. 400, „Der simulierte Prozeß."

[46]) Ebenso, und zwar ausdrücklich, Schott a. a. O. S. 73, 74.

[47]) Schott l. c. S. 74: „Was von der offenen Handelsgesellschaft gesagt ist, gilt analog auch von der Kommanditgesellschaft."

welcher die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften als für die Kommanditgesellschaft überall da anwendbar erklärt, wo nicht ein anderes durch die folgenden Paragraphen vorgeschrieben ist. In diesen folgenden Bestimmungen wird im wesentlichen das Verhältnis der Kommanditisten und Komplementäre untereinander geregelt. Für die Frage der Parteifähigkeit kommen diese Abweichungen jedenfalls ebenso wenig in Betracht, wie der begriffliche Unterschied der Kommanditgesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft, nämlich die bei den Kommanditisten auf eine bestimmte Vermögenseinlage beschränkte Haftung.

Auch die wenigen über das Verhältnis der Kommanditgesellschaft zu Dritten handelnden Vorschriften der §§ 170 bis 177 H.G.B. geben in dieser Hinsicht zu Bedenken keinen Anlaß; sie setzen im Gegenteil in einigen Zweifelsfällen noch ausdrücklich Analogien mit der offenen Handelsgesellschaft fest (§§ 171, 173). Speziell für den Prozeß wichtig ist die Vorschrift des § 170, wonach der Kommanditist gesetzlich von der Vertretung — also auch von der Prozeßführung — ausgeschlossen ist.

Die beiden wesentlichsten praktischen Folgen aus der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft — abgesehen von den gesetzlich festgelegten Konsequenzen für die Vollstreckungsinstanz — sind schon hervorgehoben, nämlich die Eidespflicht der Vertreter und die Zeugenqualität der übrigen Gesellschafter. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß für zwei Arten von Vorschriften, die sich auf „Parteien" beziehen, diesem Parteibegriff keine praktische Bedeutung zukommt. Das sind einmal die Vorschriften, die nur physische Personen im Auge haben (z. B. über Ausschließung von Gerichtspersonen), und ferner diejenigen, welche gleichzeitig einen materiellrechtlichen Inhalt haben (z. B. über die Rechtskraft).[48])

[48]) Der § 129 Abs. 1 H.G.B. hat ausdrücklich eine dahingehende Bestimmung und mußte sie haben, da durch die solidarische

Ein praktisches Bedürfnis aber für die Anwendung dieser Parteimöglichkeit auf der Aktivseite liegt vor besonders bei berechtigtem Interesse an der Zeugenvernehmung einzelner Gesellschafter, auf der Passivseite besonders und stets dann, wenn aus irgendeinem Grunde — z. B. bei Kommanditgesellschaft (nach § 171 H.G.B. Abs. 1 letzter Teil), infolge Erlaßverträgen, aus Kostenrücksichten usw. — nicht kumulativ[49]) gegen die Gesellschaft und gegen alle Gesellschafter vorgegangen werden kann.

Jedenfalls ist durch die Annahme der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft den Zweifeln auf diesem Gebiet ein Ende bereitet, ohne daß dabei der materiellrechtlichen Struktur dieses Gebildes Gewalt angetan wäre. Die alten Widersprüche und Unklarheiten fallen weg; dem Sinn sowohl wie dem Wortlaut der Civilprozeßordnung und des Handelsgesetzbuchs wird entsprochen, und — nicht zuletzt! — wird damit die konsequente Anwendung eines Gedankens auf alle prozessualen Fragen gesichert.

Haftung auch das materielle Verhältnis kompliziert wird. Es würde aber m. E. nicht Bedenken unterliegen, ohne eine besondere Bestimmung aus einem Prozeß, in dem die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagend aufgetreten ist, gegen die später aus demselben Rechtsgrunde nicht unter der Firma klagende Gesamtheit der Gesellschafter dem Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit bezw. der Rechtskraft zuzugestehen.

[49]) Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen muß ja allerdings die offene Handelsgesellschaft immer unter ihrer Firma belangt werden. Jedoch würden bei einer Kumulativklage die wichtigsten Folgerungen aus ihrer formalen Parteistellung wegfallen, weil alle Gesellschafter als Streitgenossen zum Parteieide berechtigt und zur Zeugnisablegung unfähig sein würden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Karl Konrad Rudolph, evangelischer Religion und preußischer Staatsangehörigkeit, wurde am 25. Juni 1881 zu Oels, meinem Heimatsort, als Sohn des Kaufmanns Franz Rudolph geboren. Ich besuchte alle Klassen des hiesigen königl. Gymnasiums, welches ich Ostern 1900 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im April desselben Jahres ließ ich mich bei der juristischen Fakultät der Universität München inskribieren. Das zweite, dritte und vierte Semester studierte ich in Breslau weiter, ging im fünften nach Berlin und kehrte im Winter-Semester 1902/03 nach Breslau zurück. In dieser Zeit hörte ich Vorlesungen bei den Herren: Prof. v. Bechmann, Prof. Brentano, Prof. Brie, Prof. Dahn, Prof. Fischer, Prof. Gretener, Prof. Grueber, Prof. Gierke, Dr. Jakobi, Prof. Jörs, Prof. v. Liszt, Prof. Leonhard, Prof. Sombart, Prof. Wolf.

Am 13. Juli 1903 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 10. September dem königl. Amtsgericht Groß-Wartenberg zur Ausbildung überwiesen. Vom 10. Juni 1904 ab war ich beim Landgericht Oels, vom 18. Juni 1905 ab war ich bei der Staatsanwaltschaft daselbst beschäftigt.

Rudolph,
Referendar z. Zt. bei der königl. Staatsanwaltschaft Oels.